

LA MIRADA DE LOS JUECES:

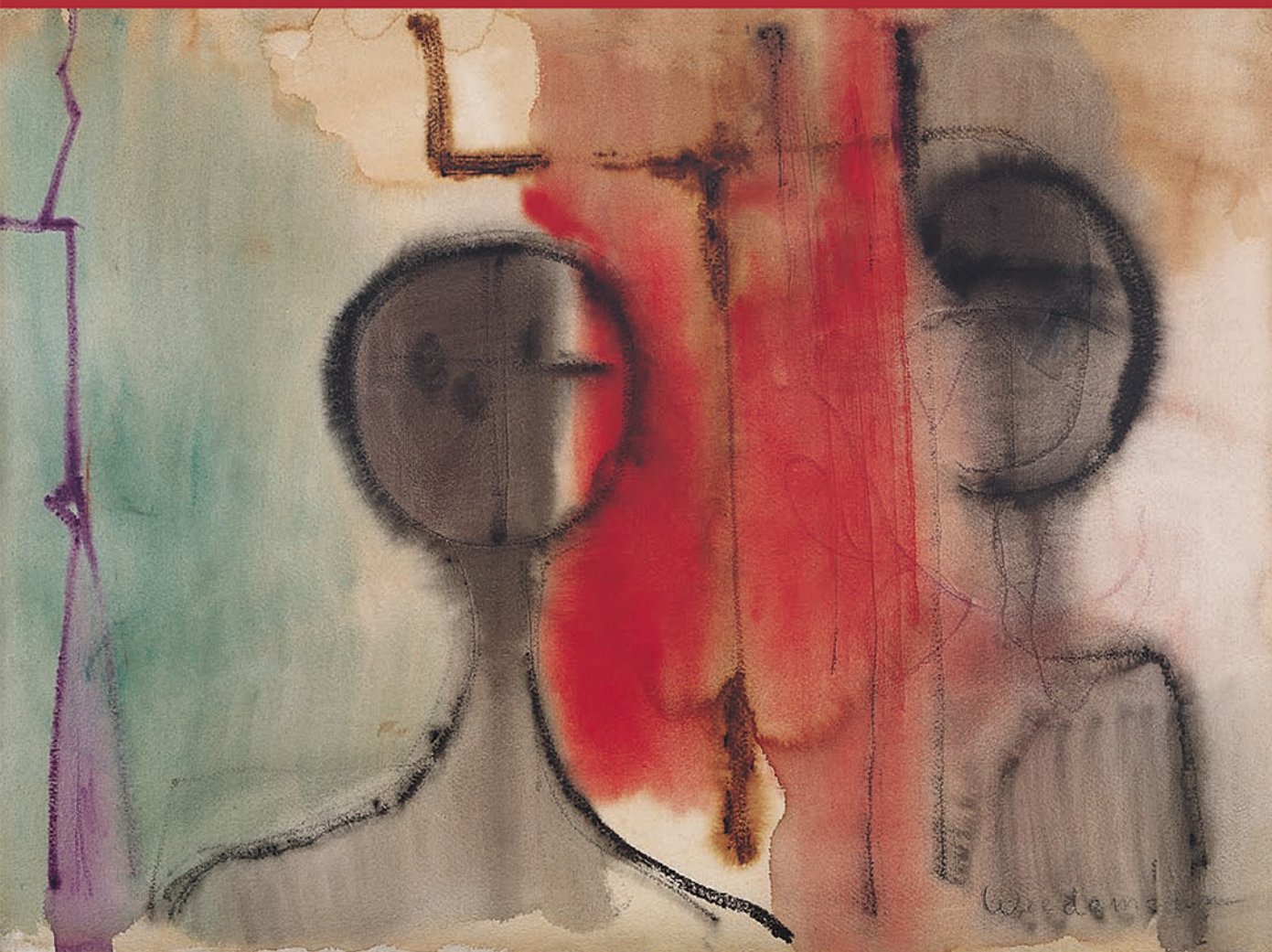
Género en la jurisprudencia
latinoamericana

Cristina Motta y Macarena Sáez

EDITORAS ACADÉMICAS

REDALAS

Tomo 1



Siglo del Hombre Editores

La mirada de los jueces
Género en la jurisprudencia latinoamericana
Tomo 1

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Ciencias Sociales y Humanidades

Colección
Equidad y Justicia

Directora
Cristina Motta

Comité editorial

Rodolfo Arango
Paola Bergallo
Luisa Cabal
Roberto Gargarella
Ángel Nogueira

La mirada de los jueces
Género en la jurisprudencia latinoamericana
Tomo 1

Cristina Motta y Macarena Sáez

Editoras académicas

REDALAS



Siglo del Hombre Editores

LAW
WASHINGTON COLLEGE OF LAW
LAW
AMERICAN UNIVERSITY

**CENTER
FOR
REPRODUCTIVE
RIGHTS**

La mirada de los jueces / compiladores Cristina Motta y Macarena

Sáez. – Bogotá: Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008.

2 v.; 24 cm.

Incluye bibliografía e índice.

Contenido: v.1 Género en la jurisprudencia latinoamericana. – v. 2 Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana

1. Mujeres - Condiciones sociales - América Latina 2. Igualdad de la mujer - América Latina 3. Derechos de la mujer - América Latina 4. Derecho de familia - América Latina 5. Sexualidad - Aspectos sociales - América Latina 6. Heterosexualidad - América Latina 7. Homosexualidad - Legislación - América Latina I. Motta, Cristina, comp. II. Sáez, Macarena, comp.

305.4098 cd 21 ed.

A1155330

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis-Ángel Arango

*La investigación, edición y publicación de este libro
ha sido posible gracias al generoso apoyo
de la Fundación Ford y del Centro de Derechos Reproductivos
de la Universidad de Toronto*

La presente edición, 2008

© Siglo del Hombre Editores
www.siglodelhombre.com

© American University
Washington College of Law
www.wcl.american.edu

© Center for Reproductive Rights
www.reproductiverights.org

Carátula
Alejandro Ospina

© Guillermo Wiedemann, *Dos cabezas*, Ca. 1956,
acuarela sobre papel, 55,5 x 75 cms
Sala Wiedemann, Casa de la Moneda, Bogotá
Cortesía Colección Banco de la República
de Colombia, registro 1912

Armada electrónica
Ángel David Reyes Durán

ISBN Obra completa: 978-958-665-110-3
ISBN Tomo 1: 978-958-665-111-0

Impresión
Panamericana Formas e Impresos S.A.
Calle 65 N° 95-28 Bogotá D.C.

Impreso en Colombia-*Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro sin el permiso previo por escrito de la Editorial.

ÍNDICE GENERAL

Tomo 1

Presentación	19
--------------------	----

LAS MUJERES

Capítulo uno. Ciudadanía

Por Cristina Motta

La ciudadanía civil y política.....	34
La ciudadanía social.....	37
La ciudadanía multicultural y transnacional.....	38
I. La ciudadanía como aspiración: igualdad, reparación y emancipación.....	41
A. Primer problema: la igualdad ante la ley	43
B. Segundo problema: la reparación	56
C. Tercer problema: la emancipación.....	77
II. La ciudadanía como pertenencia: identidad y cultura.....	84
A. Primer problema: la identidad.....	85
B. Segundo problema: la cultura.....	93
C. Tercer problema: la globalización.....	101
III. La ciudadanía como práctica	107
A. Primer problema: autonomía y dependencia	109
B. Segundo problema: la acción colectiva	115

Capítulo dos. Trabajo
Por Paola Bergallo y Natalia Gherardi

I.	Formas y sustancias de la igualdad	132
A.	Primer problema: igualdad en el acceso al trabajo.....	134
B.	Segundo problema: la brecha salarial y el trabajo de las mujeres en la relación laboral vigente.....	148
	La garantía legal de igualdad en la remuneración por igual tarea	148
	La garantía de igualdad de trato en la legislación.....	151
C.	Tercer problema: acciones afirmativas en el empleo como estrategia de cambio y como solución	163
II.	Respuestas frente a la diferencia	170
A.	Primer problema: la sanción por la maternidad.....	173
B.	Segundo problema: licencias y permisos parentales	194
C.	Tercer problema: trabajo y cuidado de personas	216
III.	Mecanismos de la dominación.....	225
A.	Primer problema: acoso sexual.....	227
B.	Segundo problema: la desprotección del trabajo en el empleo doméstico.....	245
C.	Tercer problema: los múltiples mecanismos de la dominación. El trabajo de las mujeres migrantes	252

Capítulo tres. Familia
Por Isabel Cristina Jaramillo

	La familia nuclear como ideal	267
	Las críticas feministas a la familia nuclear	268
I.	Igualdad de derechos en la familia e inclusión de familias diversas	272
A.	Primer problema: imperativos morales como límites a la igualdad.....	275
B.	Segundo problema: la igualdad para no discriminar a los hombres.....	285
II.	La maternidad y el cuidado.....	292
A.	Primer problema: valoración de la maternidad.....	295
B.	Segundo problema: la valoración cultural del trabajo de cuidado	324

III. Violencia sexual y no sexual en la familia	342
A. Primer problema: la resignación frente a la violencia para proteger a la familia.....	346
B. Segundo problema: la responsabilización de la mujer	353

Capítulo cuatro. Salud

Por Lidia Casas

Derecho a la vida y derecho a la salud	367
I. La salud de las mujeres.....	368
A. Primer problema: la esterilización, ¿salud o autonomía?	372
B. Segundo problema: las creencias religiosas de los prestadores de salud	389
II. El aborto	396
A. Primer problema: el derecho a la confidencialidad y el mandato de reportar	402
B. Segundo problema: la inseguridad jurídica del aborto no punible.....	425
C. Tercer problema: la anencefalia	437
III. Salud, tecnología y anticoncepción	449
A. Primer problema: la anticoncepción de emergencia.....	453
B. Segundo problema: la reproducción asistida	459
IV. Derecho a la salud y adolescencia.....	464
A. Primer problema: la autonomía progresiva.....	467
B. Segundo problema: interés superior del niño. El derecho a la identidad	479

Capítulo cinco. Propiedad

Por Helena Alviar García

I. Las consecuencias positivas y negativas de vincular la identidad femenina con la maternidad y el acceso a la propiedad	491
A. Primer problema: la protección de la familia y de la madre en la distribución de bienes en la sociedad conyugal. El reconocimiento del trabajo reproductivo	493
B. Segundo problema: la identidad femenina, el trabajo reproductivo y el acceso a la propiedad comercial.....	504

II. La consagración del acceso privilegiado a la propiedad.....	511
A. Primer problema: las mujeres como víctimas del desplazamiento y la necesidad de la intervención inmediata del Estado. La reparación del daño con perspectiva de género.....	515
B. Segundo problema: derecho a una vivienda digna para las madres cabeza de familia	530
III. Las tensiones entre grupos marginados.....	537
A. Primer problema: reforma agraria e igualdad de género	538
B. Segundo problema: acceso especial a la propiedad para condiciones masculinas específicas	544

Capítulo seis. Violencia

Por Julieta Lemaitre

I. Las paradojas de la penalización.....	554
Feminismo y criminología crítica.....	554
A. Primer problema: el femicidio o los asesinatos de mujeres por ser mujeres	556
B. Segundo problema: la violación como tortura. Evolución jurisprudencial del derecho de los derechos humanos	566
II. La difícil caracterización o tipificación de los delitos de violencia contra la mujer.....	579
A. Primer problema: consentimiento de la víctima de violación sexual	581
B. Segundo problema: la violencia como criterio para evaluar la legítima defensa	593
III. La restricción de la autonomía de las mujeres por la protección legal contra la violencia	605
A. Primer problema: la conciliación en la violencia intrafamiliar	607
B. Segundo problema: la trata de personas.....	620

ÍNDICE DE FALLOS Y DOCUMENTOS

Tomo 1

Capítulo uno. Ciudadanía

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Ángela Camperchioli. 24 de noviembre de 1921	44
Corte Suprema de Justicia de Panamá. Acción de inconstitucionalidad del artículo 26 del Código de comercio. 8 de febrero de 1994.....	48
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Cristina González de Delgado y otros contra Universidad Nacional de Córdoba. 19 de septiembre de 2000	50
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-410 de 1994	57
Corte Suprema de Justicia del Perú. Inconstitucionalidad de la ley 28449	61
Comisión Interamericana de Derechos Humanos. María Merciadri de Morini contra Argentina	64
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-371 de 2000	66
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1042 de 2001.....	79
Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Sala de lo Constitucional. Inconstitucionalidad del artículo 196 del Código penal. 10 de septiembre de 1990	86

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-989 de 2006	89
Corte Suprema de Justicia de Salta, Argentina. 29 de septiembre de 2006	95
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Rosana Claudia Borelina ..	103
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-184 de 2003	110
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. 13 de febrero de 2001	117
Corte Constitucional de Colombia. Auto 200 de 2007	120

Capítulo dos. Trabajo

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-624 de 1995.....	135
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Buenos Aires, Argentina. Fundación Mujeres en Igualdad contra Freddo S.A. 16 de diciembre de 2002	138
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-322 de 2002.....	140
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-026 de 1996.....	142
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sixto Ratto y otro contra Productos Stani S.A. 26 de agosto de 1966	154
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Estrella Fernández contra Sanatorio Güemes S.A. 23 de agosto de 1988	155
Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala V, Argentina. Graciela M. Borobio contra Aerolíneas Argentinas y otro. 9 de agosto de 1991	157
Código de buenas prácticas laborales sobre no discriminación para la administración central del Estado chileno	164
Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia constitucional 0906/2006-R. Claudia Pastén Alarcón contra Gustavo Ávila Bustamante, Ministro de Gobierno y otros. 18 de septiembre de 2006	176
Tribunal Constitucional de Ecuador. Sentencia 0198-2003-RA.....	181

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-053 de 2006.....	185
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-152 de 2003	199
Cámara del Trabajo de Bariloche, Río Negro, Argentina. M. C. M. V. y otro. 11 de mayo de 2006.....	207
Corte Suprema de México. Sala Segunda, 9ª época.....	217
Juzgado Contencioso Administrativo de Mar del Plata, Argentina. Marcela Alejandra Delledonne contra Ministerio de Seguridad, Policía de la Provincia. 13 de mayo de 2004	218
Cámara Nacional del Trabajo, Buenos Aires, Argentina. Sentencia 88311. Causa 6443/2004. E. V. P. contra Bandeira S.A. sobre despido	231
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-372 de 1998	246
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. 19 de mayo de 1993	254
Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Argentina. Ricardo Hans O. Nauroth y Echeagaray y otra contra Nicolás O. D'Onofrio. 7 de septiembre de 1973	257
Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-18/03...	260

Capítulo tres. Familia

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Recurso extraordinario federal contra sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Buenos Aires. 1 de noviembre de 1999.....	277
Corte Suprema de Justicia de Colombia. Martha Silvia Neira Torres contra Rigoberto Neira Reyes. 19 de diciembre de 2005.....	280
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1039 de 2003	286
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-145 de 1995.....	288
Tribunal Constitucional de Bolivia. Miriam Rosa Villagómez Michel contra Ricardo Alarcón Pozo. 21 de febrero de 2006.....	297

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-523 de 1992.....	303
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. S.S. contra D.R.M. de G. 5 de septiembre de 1989	305
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-278 de 1994.....	312
Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Ángel Uriel Peña López contra el Juez Primero de Primera Instancia del Ramo de Familia del departamento de Alta Verapaz. 11 de mayo de 1999.....	318
Discurso del honorable representante Eleuterio Sierra.....	326
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-494 de 1992.....	327
Corte de Constitucionalidad de Guatemala. María Eugenia Morales Acuña de Sierra contra el Estado de Guatemala. 24 de junio de 1993	331
Senado de la República de Colombia. Proyecto de ley 02 de 2005. Por el cual se modifica el artículo 154 del Código civil colombiano. ("No más esclavitud femenina en el hogar").....	335
Corte Suprema de Justicia de Perú. Luisa Lizárraga Prat de Kaelin contra Óscar Guillermo Kaelin Caveneia. 10 de enero de 1997.....	347
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-062 de 1996.....	348
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-420 de 1996.....	354
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-199 de 1996.....	356

Capítulo cuatro. Salud

Tribunal Superior de Justicia de Corrientes, Argentina. María Liliana Falcon contra Hospital Vidal de la ciudad de Corrientes. 12 de abril de 2006.....	375
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-248 de 2003.....	381
Juzgado de Primera Instancia en lo Correccional N° 1 de Paraná, Argentina. N. B. E. contra Hospital San Roque y/o Secretaría de Salud y/o Estado Provincial de Entre Ríos, Argentina. 29 de noviembre de 1996	390

Nota de prensa. Nueva ley de anticoncepción quirúrgica. “Clínicas católicas plantean objeción de conciencia”	394
Human Rights Watch. Procesamientos por abortos ilegales	405
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Buenos Aires, Argentina. Natividad Frías.....	407
Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, Argentina. Mirta Insaurralde —aborto provocado—. Recurso de inconstitucionalidad. 12 de agosto de 1998	411
Cámara Penal de Santa Fe, Argentina. R. B. D. sobre aborto. 22 de diciembre de 2006	420
Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, La Plata, Argentina. C. P. de P. A. K. Autorización. 27 de junio de 2005	427
Primer Juzgado de Familia Mendoza, Argentina. G. A. R. por su hija C. C. A./Medidas tutelares. 18 de agosto de 2006	432
Comité de Derechos Humanos de la OEA. Karen Llantoy contra Perú. 24 de octubre de 2005	438
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Silvia Tanus contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. 11 de enero de 2001	442
República Oriental del Uruguay. Iniciativas sanitarias contra el aborto provocado en condiciones de riesgo. Normativa de atención sanitaria y guías de práctica clínica de la ordenanza 369/04 del MPS. Agosto de 2004.....	446
Tribunal Constitucional de Perú. Susana Chávez Alvarado y otras. Expediente N° 7435-2006-PC/TC. 13 de noviembre de 2006	455
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción de inconstitucionalidad. 15 de marzo de 2000	461
Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 2, San Luis, Argentina. Familia y Vida Asociación Civil contra Estado Provincial de San Luis. 21 de marzo de 2005	470

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-477 de 1995.....	481
--	-----

Capítulo cinco. Propiedad

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Chile. Rol 529-2006. 20 de junio de 2006	495
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-494 de 1992.....	497
Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Avelina Romero Rodríguez y co-agraviadas. 14 de junio de 1945	507
Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Rosa María Leñero de Revilla. 24 de septiembre de 1954	508
Consejo de Estado de Colombia. 10 de abril de 2003	516
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-985 de 2003.....	522
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-950 de 2004.....	530
Tribunal Supremo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Mabel Díaz Nora y otros contra GCBA sobre amparo	532
Suprema Corte de la Nación de México. Sentencia de amparo administrativo en revisión 1950/41. Jerónimo Zarazúa. 26 de febrero de 1943.....	540
Suprema Corte de la Nación de México. Sentencia de amparo directo 12/97. Vicente Aviña Zaragoza y otro. 20 de febrero de 1997	541
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-423 de 1997	545

Capítulo seis. Violencia

Informe especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación”. 7 de marzo de 2003	557
---	-----

Amnistía Internacional. “Ni protección ni justicia: homicidios de mujeres en Guatemala”. Junio de 2005.....	559
Propuesta de reforma del Código penal federal mexicano. Diputadas Marcela Lagarde y de los Ríos, Eliana García Laguna y Rebeca Godínez y Bravo. Diciembre de 2004.....	561
Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Raquel Martín de Mejía contra Perú. Informe N° 5/96. Caso 10.970. 1° de marzo de 1996	567
Corte Penal Internacional. Las reglas de procedimiento y prueba. “Disposiciones relativas a diversas etapas del procedimiento”. Capítulo 4, sección I, La prueba.....	571
Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR). Audiencia pública temática sobre legislación antiterrorista y violación al debido proceso Caso N° 3: María Magdalena Monteza Benavides	572
Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988.....	575
Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago de Chile. G. T.C. contra O.M.L.S. RUC: 0500289837-5 RIT: 17-2000. 25 de abril de 2006	583
Corte Constitucional de Colombia. T-453 de 2005	587
Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata, Argentina. G. B. sobre homicidio calificado. 21 de septiembre de 2005	596
Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial de Mar del Plata, Argentina, Sala II. C.D. sobre homicidio en estado de emoción violenta. 23 de junio de 1995.....	598
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-059 de 2005	610
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-382 de 1994.....	612
Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 54/01. Caso 12.051: Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil. 16 de abril de 2001	615
Juzgado 14 de Familia de Lima. Acta de conciliación. Expediente 526-1997 ...	617

Comisión de Derechos Humanos, Período de sesiones N° 56. “Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género”. Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer. 29 de febrero de 2000.... 622

Manifiesto de las trabajadoras sexuales. Calcuta, 1997 626

Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. 28 de noviembre de 1998 627

Ley 985 de 2005. Reforma del Código penal de Colombia 628

Decreto 234 de 2005. Reforma del Código penal de Honduras 628

Ley 1160. Código penal de la República del Paraguay 628

PRESENTACIÓN

La mirada de los jueces es una lectura detenida y de explícita finalidad pedagógica de algunas de las más importantes decisiones jurisprudenciales de jueces latinoamericanos en relación con los derechos de las mujeres y las sexualidades diversas. Si bien este libro intenta ser una muestra de la jurisprudencia regional, no tiene la pretensión de ser exhaustiva. Muchos de los fallos que aquí se presentan son extraordinarios, aunque no por ello intrascendentes, y se concentran en algunos países más que en otros debido a la disponibilidad, la calidad argumentativa, el impacto y su potencialidad para constituirse en modelos laudables o censurables. A pesar de privilegiar la mirada de los jueces, algunos capítulos aportan una evaluación crítica de leyes, reportes internacionales y políticas públicas cuando su pertinencia para la comprensión cabal del problema así lo demanda.

I

La concepción del libro se apoya en dos pilares principales: una posición teórica que concibe el derecho como una práctica social compleja en la que los jueces poseen un papel activo, autónomo y trascendental, y una posición crítica frente al derecho orientada por las perspectivas que ofrecen los estudios de género y sexualidad. El primer pilar conduce a enaltecer la figura del juez, quien en los sistemas jurídicos latinoamericanos ha ocupado desde sus orígenes un plano subordinado frente a los poderes políticos. La idea central de la separación de poderes que guió a la tradición romano-germana buscaba asegurar que la voluntad popular no fuera reemplazada por la de funcionarios que no la representaban, lo que contribuyó a que los jueces fueran adquiriendo una imagen anodina, incomparable con la ejercida por las otras dos potestades del Estado.

Así, durante la mayor parte de la historia independiente de América Latina, la función judicial se desarrolló desde las sombras.

En las últimas décadas, sin embargo, los jueces han adquirido una preeminencia inédita. Empujados entre otras cosas por “instituciones políticas en vía de descomposición”, como afirmara Paul Ricoeur, los jueces desempeñan hoy un rol protagónico en gran parte de Occidente. El deterioro del poder Legislativo y de la clase política en general, debido a los elevados niveles de corrupción política, ha hecho que en algunos lugares los jueces se erijan en una nueva instancia de legitimación. Este papel inédito se sostiene además en las decisivas alteraciones de la jerarquía normativa tradicional, producidas por el creciente peso de las normas supranacionales en los sistemas jurídicos locales, y tiene fundamentos teóricos precisos que se expresan en la concepción del derecho como una práctica social compleja. El papel de las constituciones como espacios programáticos de mayor jerarquía y el rol de los principios y su valor constitutivo del ordenamiento jurídico hacen que los jueces y la interpretación judicial adquieran una función fundamental. El derecho, pensado con Dworkin, deposita exigencias hercúleas en sus aplicadores. Así, estrechamente vinculado a la moral y a la política, e infaliblemente inmerso en lo real, el derecho será correctamente aplicado por un juez que comprenda la complejidad teórica y práctica de su misión.

En el caso de grupos desaventajados como el de las mujeres y las sexualidades diversas, la transformación de la concepción del derecho y del papel de los jueces es prometedora. Si bien la situación dista mucho de ser generalizada y presenta brechas enormes no sólo entre países sino entre las jurisdicciones y jerarquías de un mismo país, la selección de fallos que ofrece este libro revela transformaciones significativas. En la región, en términos generales, predominan dos tipos de actitudes frente al derecho y frente a las demandas de los grupos mencionados: hay casos en los que los jueces se enfrentan a reglas “claras” que desfavorecen a las mujeres o a las minorías sexuales. Un ejemplo esclarecedor es la definición legal de la familia, en la que se apoya la prohibición a las parejas homosexuales de adoptar hijos. En este tipo de casos, de regla aplicable, los jueces podrían haber argumentado que frente a la “claridad” de la regla, y de acuerdo con el rol que les ha adjudicado la tradición continental, están atados de manos. Sin embargo, algunos de ellos se han apartado de su función tradicional y han recurrido a argumentos que denotan un manifiesto y renovado poder interpretativo. En Colombia, algunos jueces de la Corte Constitucional, líder regional indiscutible de esta nueva función judicial, han estimado que a pesar de que la Constitución define la familia como la unión de un hombre y una mujer, su correcta interpretación debe incorporar a la mujer soltera con hijos, a las parejas en unión libre, a los homosexuales y heterosexuales y a todas

aquellas formas de organización familiar que provengan de visiones culturales o religiosas constitucionalmente protegidas. En breve, en la región ya hay ejemplos apreciables de jueces que, privilegiando los principios sobre las reglas, están ejerciendo su función de manera innovadora y asertiva.

Estos casos, por supuesto, coexisten con otros en los que visiones contrarias, amparadas en el textualismo o en perspectivas morales de carácter comunitario, han fallado en contra de los intereses de estos grupos. Se trata de casos en los que la invisibilización de mujeres y minorías sexuales es ostensible. La Corte Suprema de Chile, por ejemplo, falló en el 2004 un recurso de queja sancionando a los jueces de instancia que habían otorgado la custodia de unas menores a su madre lesbiana por “haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”.

II

El segundo pilar en el que se apoya el libro permite interpretar los fallos a partir de un esquema teórico orientado por los estudios críticos de género y sexualidad. Estas posturas teóricas, cuyo origen y desarrollo provienen sobre todo de las facultades de derecho norteamericanas, han tenido un impacto muy fuerte en el activismo feminista y en la academia jurídica latinoamericana y, por esa vía, han marcado de manera perceptible muchas de las decisiones judiciales de las que *La mirada de los jueces* se ocupa. Cada capítulo da cuenta, de una manera u otra, de las miradas teóricas que asume; pero si bien los trasplantes teóricos son inevitables, se procuró contextualizarlos y fijar sus límites teniendo a América Latina como único referente.

Las teorías críticas que guiaron esta lectura hacen diagnósticos y proponen alternativas que permiten reconstruir el relato jurídico moderno, denunciar daños derivados de la dominación masculina y heterosexual, y transformar el modelo de poder androcéntrico y de heterosexualidad como regla. En términos muy generales, el libro asume cuatro supuestos fundamentales de estas perspectivas críticas: primero, acepta que las desigualdades sexuales se fundamentan en la existencia de modelos dicotómicos que no dependen del sexo biológico sino que son el resultado de la construcción social de los géneros; segundo, admite que los valores y atribuciones otorgados a cada uno de los géneros han propiciado una distribución desigual de recursos y de poder entre hombres y mujeres y entre heterosexuales y sexualidades divergentes; tercero, reconoce que el derecho ha sido un mecanismo privilegiado de conservación de las condiciones y de las consecuencias de la desigualdad y que las construcciones jurídicas han organizado la sexualidad dotando a las identidades sexuales y de género

de legitimidad y legalidad, y simultáneamente negándoselas. Cuarto, considera que si bien el derecho y las instituciones jurídicas se han definido como neutrales en términos de género, en realidad son una construcción cultural y política que fortalece y naturaliza la masculinidad y la heterosexualidad.

Estas referencias teóricas y críticas no sólo nutren la aproximación al problema que plantea este libro, sino que además orientan la evaluación que se hace de los fallos. La influencia de estas perspectivas en la jurisprudencia regional es evidente. La amplia aceptación de la igualdad sustancial y el apoyo a las acciones afirmativas, además del consenso sobre el carácter sexual de la dominación masculina así lo demuestran. Más puntualmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ofrece abundantes y acertados ejemplos de la asimilación de estas miradas. La sentencia en la que la Corte le atribuye un valor monetario al trabajo doméstico de una concubina, aquella que prohíbe la práctica de pruebas alusivas al pasado sexual de la víctima de una violación, o la que afirmando el apoyo constitucional a las madres cabeza de familia denuncia la tradicional naturalización de roles y se asegura de evitar que el apoyo especial se dirija a afianzar su papel doméstico y se oriente más bien a facilitar la elección femenina de sus propios planes de vida, son pruebas contundentes.

Pero, una vez más, estos jueces conviven, no sólo en sus países sino en sus propios tribunales, con posturas que reproducen el modelo censurado. En este sentido, los capítulos “Familia” y “Salud” ofrecen variados e ilustrativos ejemplos.

III

En el primer tomo del libro subtítulo *Género en la jurisprudencia latinoamericana* se analiza la jurisprudencia regional sobre las mujeres. Los seis capítulos trabajan varias sentencias que han definido los alcances y han marcado los límites de los derechos de las mujeres latinoamericanas. La división conceptual por capítulos obedece a una estructura que afecta las ramas tradicionales del derecho. Cada uno de los capítulos presenta una breve introducción conceptual y desarrolla una serie de temas desplegados en problemas puntuales que, a su vez, son ilustrados en un fallo, una ley, un reporte o un documento. Una vez presentado el fallo, cada capítulo aporta cuestiones a debatir y preguntas destinadas a asegurar una finalidad pedagógica del libro.

El capítulo “Ciudadanía” ofrece un análisis alternativo y complementario del estudio del derecho constitucional. A partir de un paralelo entre la idea de ciudadanía tal como ha sido construida a partir del clásico trabajo de Marshall, y la historia conceptual del pensamiento jurídico feminista, el capítulo aborda la evolución jurisprudencial de la ciudadanía vista desde tres ópticas: la ciuda-

danía como aspiración, en la que se estudian los objetivos de igualdad, reparación y emancipación de las mujeres a través del derecho; la ciudadanía como pertenencia, en la que se analizan los problemas de la identidad, la cultura y la globalización como nuevos desafíos para el concepto tradicional de ciudadanía, y la ciudadanía como práctica, en la que se asume el análisis de la autonomía, la dependencia y formas concretas de participación femenina no valoradas por el esquema hegemónico de virtud ciudadana.

La jurisprudencia regional muestra una evolución notable en varios de estos sentidos: en términos de igualdad y reparación, se subraya la adopción sin reparos de los criterios de igualdad sustancial y el apoyo a las acciones afirmativas. En términos de emancipación, sobresale el respaldo a los efectos horizontales de los derechos fundamentales y se valora el poder inaugural y la potencialidad que tienen las decisiones que facultan la intervención del Estado en las relaciones privadas caracterizadas por la indefensión de algunos de sus miembros. El capítulo expone también los conflictos que se originan en el respeto constitucional por la diversidad cultural y los desafíos que proponen las migraciones masivas y la globalización. La relevancia de esta jurisprudencia radica en que da cuenta de estas dificultades y formula claramente las tensiones entre los principios vigentes. Finalmente, el capítulo evalúa los problemas de las políticas públicas regionales a favor de las mujeres cabeza de familia por su indiscutible patrocinio de los roles sociales que hacen peligrar la autonomía femenina, y reclama la valoración política de formas alternas de participación de las mujeres latinoamericanas; participación íntimamente vinculada a las dramáticas circunstancias sociopolíticas de la región. La jurisprudencia ha hecho eco de estas críticas y ha impulsado la redefinición de algunos aspectos claves de las ideas de autonomía y participación.

En términos generales, la respuesta judicial a las demandas planteadas en “Ciudadanía” acredita la transformación del papel de los jueces mencionada en el primer pilar que sostiene este libro. En este capítulo también se exponen sentencias reveladoras de la atención que han prestado algunos jueces de la región a las perspectivas críticas del derecho, segundo pilar de apoyo.

El capítulo “Trabajo” se ocupa de las dificultades que enfrentan las mujeres para acceder al empleo, la forma como se manifiestan esas dificultades y la manera como los tribunales las resuelven. La segregación de las mujeres con respecto a ocupaciones y profesiones consideradas tradicionalmente masculinas y las desigualdades en las relaciones laborales —la brecha salarial y el acoso sexual, por ejemplo— son temas críticos. La respuesta de los jueces a las demandas surgidas en relación con la segregación ha sido positiva, mientras que la que han dado ante la brecha salarial es ambigua. Los jueces vacilan al considerar las discriminaciones de género implícitas en la segregación horizontal y vertical en

el empleo remunerado. El capítulo da ejemplos en los que los jueces estiman arbitraria una discriminación salarial fundada en razones de sexo, religión o raza, pero a la vez protegen la discrecionalidad del empleador para fijar diferencias salariales basadas en el mérito o la diferencia de tareas.

El capítulo explora también el estado de la jurisprudencia regional frente a las medidas de acción afirmativa en el trabajo y concluye que el apoyo judicial a la posición que las considera una respuesta adecuada ante una situación de discriminación en el empleo es evidente. En relación con la protección a la trabajadora embarazada señala que, a pesar de las limitaciones en el acceso a la justicia, la manera como varios tribunales regionales aceptan el recurso constitucional para reclamar la defensa de la estabilidad laboral de la mujer embarazada garantiza la protección debida en el momento debido. Los problemas en este tema, así como en el caso de las licencias pagas, provienen de la realidad sociológica del trabajo femenino en la región, caracterizado por niveles elevados de informalidad o precariedad.

Desde una perspectiva complementaria a la asumida en “Familia”, el capítulo “Trabajo” se ocupa de las desigualdades en la división sexual del trabajo doméstico en la familia y su repercusión en la esfera del trabajo. En este sentido la respuesta judicial ha sido efectiva, a pesar de las dificultades de implementación de medidas como las guarderías en los lugares de trabajo.

Por último, el capítulo subraya el respaldo de algunos jueces latinoamericanos a la idea de que el acoso sexual en el trabajo es un mecanismo de discriminación sexual. También se señala cómo los jueces avalan la necesidad de un tratamiento especial para las trabajadoras del servicio doméstico y manifiestan un apoyo decisivo a la trabajadora migrante, incluso a aquella que está en condiciones de ilegalidad.

Luego de evaluar la totalidad de la jurisprudencia es posible afirmar que los jueces asumen la tarea de protección del trabajo femenino de manera clara cuando el problema de igualdad es nítido. Pero cuando se trata de develar dispositivos subyacentes de discriminación, la audacia se pierde. Éste es un tema y una jurisdicción en la que los pilares teóricos que nos orientan han incidido sólo con reservas.

No tantas reservas, sin embargo, como las que se expresan en la jurisprudencia recabada en “Familia” y “Salud”. El primero se ocupa de los problemas derivados de la institucionalización de la familia en América Latina. El capítulo discute varios aspectos en relación con el reconocimiento de derechos y la igualdad de las mujeres en la familia y demuestra que el panorama en este sentido no es muy alentador. Se evalúan los derechos de las concubinas, se examina la custodia de los hijos y el tratamiento dado a la violencia doméstica y sexual en el contexto familiar. En los fallos que se presentan, los jueces regionales señalan

qué relaciones de pareja merecen la protección del Estado; definen si es correcto dejar a una mujer sin derechos patrimoniales por convivir con un hombre sin vínculo matrimonial, y deciden si es aceptable hacerlo cuando ésta ha convivido con su padre, como pareja, sin saber que existía un vínculo filial entre ambos. En términos generales, la respuesta a estas preguntas estuvo marcada por el privilegio otorgado a criterios morales de carácter religioso o comunitario, por encima de las consideraciones del principio de igualdad.

El capítulo explora, desde la perspectiva de la familia, el problema de la igualdad del que ya se había ocupado el capítulo “Ciudadanía”. Aquí se muestra cómo los jueces han decidido a favor del tratamiento especial a las “madres” justificando ese trato diferencial en las condiciones históricas de subordinación de las mujeres. El capítulo denuncia que la maternidad, en América Latina, tiende a ser un privilegio y no un derecho, entre otras cosas porque las madres deben asumir los costos que recaen sobre quienes no participan activamente en el mercado laboral. Para ilustrar la afirmación se examinan los modelos regionales que definen la custodia de los hijos y se estudia la valoración cultural del trabajo de cuidado. Sobre el primer punto se concluye que la jurisprudencia tiende a determinar la custodia con argumentos como la calidad moral de la madre; en el segundo punto se afirma que la realidad regional es variable. El tema del trabajo doméstico se ilustra desde distintas perspectivas que reivindican su valor, fortalecen la idea de que las mujeres son las más adecuadas para realizar trabajos de cuidado o proponen que el trabajo doméstico sea considerado una obligación de ambos cónyuges.

Finalmente, el capítulo aborda el problema de la violencia en la familia y concluye que las normas sobre violencia sexual y débito conyugal han sido leídas por los jueces, en general, a la luz de normas sociales que llevan a las mujeres a soportar dosis importantes de agresión antes de terminar una relación, especialmente si hay hijos. La jurisprudencia de familia aún está profundamente anclada en el modelo de estructura familiar impuesto por la tradición católica, y varios de estos fallos son ejemplos elocuentes de la forma como el derecho ha sido un mecanismo privilegiado de conservación de las condiciones y las consecuencias de la desigualdad.

El capítulo “Salud” se ocupa de cuatro temas principales: la autonomía reproductiva, que se ilustra con la postura de los jueces frente a la esterilización no consentida y frente a las convicciones religiosas o morales de los prestadores de salud; el aborto, que se estudia a partir de la respuesta judicial al conflicto entre la confidencialidad y el deber de los médicos de reportar los delitos, y se plantea la responsabilidad de los jueces en la profunda inseguridad jurídica en la que se desarrolla el aborto no punible en la región; la anticoncepción, por otra parte, es revisada desde la posición de la justicia frente al mecanismo de

emergencia y la reproducción asistida; por último, la salud del adolescente, en la que se cuestiona la idea de la autonomía regresiva y el uso del denominado interés superior del niño.

Sobre estos cuatro temas, la jurisprudencia regional ofrece un cuadro irregular e impreciso. Para los jueces, la esterilización voluntaria es un procedimiento inscrito dentro de la autonomía femenina; si bien es una opción que la cobertura social puede limitar, las demandas habituales sobre la autorización judicial para el procedimiento han sido eliminadas. De otra parte, algunos jueces han establecido que la objeción de conciencia de los prestadores de salud frente a este tipo de procedimientos sólo cubija al individuo objeto, y que en consecuencia la institución está obligada a prestar el servicio.

En relación con el aborto, el caso argentino es el ejemplo más dramático de imprecisión normativa. Las decisiones que giran alrededor de la confidencialidad, el deber de denuncia de los funcionarios públicos y la garantía constitucional de no auto-incriminación son oscilantes. Esta situación ha generado además incertidumbre jurídica frente a un hipotético deber de las mujeres de pedir autorización judicial o no cuando se van a practicar un aborto no punible. A pesar de que hay varias decisiones en las que los jueces aclaran que en el caso de abortos no punibles tal autorización es innecesaria, los médicos insisten en solicitarlas porque muchos otros jueces se empeñan en negarlas. A causa de esta situación, hoy el Estado argentino está demandado ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Como es evidente, la salud de las mujeres, profundamente atada a la reproducción, constituye el espacio en el cual el cuerpo femenino es centro de apropiación ideológica. Es también la salud el ámbito en el que mayor vigencia cobra el pilar de la crítica al derecho desde la perspectiva de género que nos orienta.

El capítulo “Propiedad” se ocupa de un derecho que, a pesar de ser considerado fundamental y de estar garantizado en todos los ordenamientos, es disfrutado por un número escasísimo de mujeres que poseen apenas el 1% de la propiedad en el mundo. Los casos que se analizan cubren tres ejes temáticos: las consecuencias de vincular la identidad femenina con la maternidad y el acceso a la propiedad; la configuración del acceso privilegiado a la propiedad y las tensiones entre grupos marginados. Sobre el primer punto se afirma que si bien identificar a las mujeres con el cuidado y a los hombres como proveedores restringe las posibilidades de las primeras de ser propietarias, algunos jueces, valorando el trabajo reproductivo, es decir, traduciéndolo en un valor económico, han permitido su acceso a la propiedad. Se señala que la jurisprudencia regional ha derogado además disposiciones legislativas que prohibían a las mujeres administrar y ser propietarias de determinados comercios. Sobre el se-

gundo tema, la configuración del acceso privilegiado a la propiedad, el capítulo plantea el caso del tratamiento especial por razones del desplazamiento derivado del conflicto armado colombiano y aborda, desde la perspectiva del acceso a la propiedad y la adjudicación de vivienda, el tema de las mujeres cabeza de familia del que se ocupan “Ciudadanía” y “Familia”. En cuanto al tema de los grupos marginados, el capítulo señala las dificultades que enfrenta la jurisprudencia para fijar jerarquías entre grupos desaventajados en materias como la reforma agraria, y frente a hombres en situaciones especiales.

El capítulo “Violencia”, por último, se ocupa de tres temas principales: las paradojas de la penalización, que cuestiona la conveniencia del uso del derecho penal y del poder punitivo del Estado para la emancipación de las mujeres. Este tema se ilustra con la exposición de dos problemas regionales acuciantes: el femicidio y la violación como tortura. Sobre el primer punto se aportan informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Amnistía Internacional sobre las dramáticas circunstancias de Ciudad Juárez y Guatemala. Sobre el segundo punto se trabaja la evolución de la jurisprudencia internacional en materia de responsabilidad del Estado por la ausencia de diligencia en la prevención de la violación. En segundo término, el capítulo trabaja los problemas de técnica penal propios de la tipificación de los delitos de violencia contra la mujer. Establece que el desarrollo de la dogmática penal riñe con la valoración precisa de delitos como la violación sexual o la evaluación de las condiciones para la legítima defensa. La fuerza y la ausencia de consentimiento en el primer caso, y la presencia de criterios objetivos que demuestran que se actuó en defensa propia o de sus derechos, en el segundo, son los problemas jurídicos que se analizan. La respuesta judicial a estas situaciones ha sido positiva, especialmente en los últimos años y en determinados países.

En tercer lugar, el capítulo trabaja las restricciones a la autonomía de las mujeres que se derivan de la penalización de las conductas que las victimizan. Se consideran dos casos en los que hay un conflicto entre la autonomía y los intereses del Estado. El primero es el de la conciliación en materia de violencia familiar, y el segundo el del tráfico de personas. Los fallos seleccionados apoyan la conciliación y la vía expedita de la tutela como mecanismos para proteger a las mujeres golpeadas. Y en el ámbito internacional, se expone la condena de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Brasil por negligencia en el procesamiento y condena de los agresores, y se define la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos.

Para el análisis del segundo problema se aportan varios documentos que sirven para debatir la mejor forma de abordar el tema de la prostitución y el tráfico de personas en un contexto global en el que coinciden el interés de pro-

teger los derechos humanos, especialmente de las mujeres, y la intención de los países desarrollados de frenar la inmigración ilegal.

En el tema de la violencia contra las mujeres, sin duda, las denuncias del feminismo jurídico, especialmente su versión radical, han penetrado con más contundencia y han propiciado los mayores consensos en lo normativo. La jurisprudencia regional se ha apropiado de un discurso de protección a la mujer contra la pertinaz violencia que caracteriza las relaciones sociales y familiares en América Latina. Las pocas excepciones a esta tendencia más bien generalizada responden a las dificultades que tienen los jueces superiores para afianzar su autoridad en el ámbito nacional.

IV

El segundo tomo del libro subtulado *Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana* analiza la jurisprudencia regional en relación con las sexualidades divergentes. A pesar de no ser muy profusa, ya hay casos que han ido construyendo un paradigma alternativo. Los dos capítulos se ocupan de las tensiones entre el derecho y las sexualidades en dos órdenes: la esfera de los derechos familiares y las prácticas de violencia por prejuicio. El capítulo uno, “Las familias más allá de la heteronormatividad”, analiza cómo la estructura familiar se va reconfigurando a partir de la existencia de sexualidades diversas. Como parejas, como progenitores o como hijos e hijas, las sexualidades divergentes desafían las concepciones religiosas, morales y legales sobre la familia, en fuerte antagonismo con la Iglesia católica y sus sectores aliados. El capítulo rescata las formas en las que una jurisprudencia minoritaria no sólo amplía los espacios legales para el reconocimiento de derechos, moviendo los límites que instituyen a la familia como una realidad única, sino que también critica la heteronormatividad que caracteriza al razonamiento judicial. En particular se considera la jurisprudencia en tres esferas de los derechos familiares: las parejas del mismo sexo, el derecho a la adopción, y la guarda o tenencia de los hijos.

Por último, el capítulo dos que cierra este tomo, “Violencia por prejuicio”, define este tipo de violencia y sus vínculos con el derecho. El capítulo sostiene la idea de que la violencia que se ejerce sobre ciertos cuerpos que no responden a la norma —los no heterosexuales, por ejemplo— supera su dimensión individual y adquiere el carácter de mensaje. La tipificación de esta clase de violencia en los Estados Unidos se conoce como crímenes de odio, y el capítulo revisa con cuidado esta experiencia normativa, estudia el conjunto de leyes y evalúa el debate que han generado, debate que sin duda ofrece parámetros útiles para enfrentar problemas similares en América Latina, donde la situación de las minorías sexuales es aún demasiado precaria como para formar un cuerpo

jurisprudencial que refleje la realidad de violencia y discriminación existente. Después de hacer un aporte conceptual acerca de la violencia, el prejuicio sexual, la heterosexualidad como regla y la adjudicación de valor a la diferencia, el capítulo se aproxima a los aspectos normativos de manera detallada y precisa. Acogiendo el esquema pedagógico incluso para las cuestiones teóricas, el capítulo cuestiona la conveniencia de que la región cuente con una legislación al respecto, enumera la legislación existente y expone los informes internacionales que revelan los datos sobre violencia homofóbica en varios países.

El tratamiento de los casos se presenta a través del desarrollo de tres problemas: la invisibilidad de los motivos homofóbicos involucrados en la violencia, que se ilustra con ejemplos de la policía y de los fiscales como agentes clasificadores de los hechos; los riesgos de la doble victimización, y los que se derivan del excesivo énfasis en la diferencia o la discrecionalidad en la aplicación de las categorías homosexual, orientación sexual, etcétera. El capítulo también se ocupa del uso de atenuantes como la ira y el intenso dolor, con el que se esconde la violencia por prejuicio por su ubicación dentro de los llamados “crímenes pasionales”, y termina con una reflexión sobre las tensiones que entre lo privado y lo público genera la expresión de prácticas sexuales no normativas.

Varias personas e instituciones hicieron posible este libro. Juny Montoya, directora del Centro de Investigación y Formación en Educación de la Universidad de los Andes de Bogotá, y autoridad indiscutida en educación jurídica, revisó, corrigió e incluso ideó gran parte de las preguntas pedagógicas del libro.

La Fundación Ford y el International Programme on Reproductive and Sexual Health Law, de la Universidad de Toronto, brindaron el apoyo necesario para llevar a cabo la coordinación, la investigación y la publicación de este trabajo. El impulso inicial de este proyecto provino del Washington College of Law, de American University, que propuso asumir esta tarea en un taller de planeamiento en Washington, en enero del 2006. El Center for Reproductive Rights de Nueva York impulsó y apoyó incondicionalmente a la Red Alas desde el momento de su creación, y ha permitido que sus miembros nos reunamos con puntual periodicidad para sacar adelante éste y otros proyectos.

Siglo del Hombre Editores, y en particular Ángel Nogueira y Emilia Franco, con su interés en nuestro trabajo, y Bárbara Gómez y Claudia Cadena con su destreza y esmero en la edición, son también responsables de esta publicación.

Cristina Motta y Macarena Sáez
Editoras académicas

LAS MUJERES

Capítulo uno CIUDADANÍA

*Cristina Motta*¹

El concepto de ciudadanía, tal como ha sido construido a partir de la modernidad,² se caracteriza por la abundancia de significados, por ser el centro de importantes tensiones antagónicas y por la trascendencia de su alcance.

La idea de ciudadanía se ha referido, desde el mundo antiguo,³ a los criterios de inclusión o de pertenencia de un individuo a una comunidad política. Sin embargo, este concepto ha tenido dos ampliaciones fundamentales: primera, para incorporar la idea de igualdad en la distribución de derechos, durante la modernidad política ya no sólo se tratará de definir quién es ciudadano, sino de asegurar que, al serlo, sea tratado de la misma manera que los demás ciudadanos. Desde entonces, la ciudadanía invoca tanto un estatus jurídico-político que incorpora y excluye, como un derecho a tener derechos⁴ que emancipa e incluye sujetos.⁵ Segundo, durante la transición al siglo XX, el concepto de

¹ Profesora de la Universidad de San Andrés, Argentina. Agradece la invaluable colaboración de Gloria Orrego y Sara Niedzwiecki.

² La idea de modernidad con la que se construyen estas interpretaciones es definida por Habermas como el modelo cultural, científico, político y económico surgido en Europa a partir del siglo XV (pero del cual sólo se tiene plena conciencia en el siglo XVIII) y que, en términos generales, es definido como un proceso racional de secularización de la cultura y de desarrollo de sociedades caracterizadas por la empresa capitalista y la burocracia estatal. Ver al respecto, Jürgen Habermas, *Le discours philosophique de la modernité*, Paris, Gallimard, 1985, p. 2.

³ Es común ver presentadas las diferencias entre la ciudadanía griega y romana en términos de pertenencia comunitaria —Grecia— y estatus jurídico abstracto —Roma—.

⁴ En términos del juez Warren, de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en *Pérez v. Bronwell*, 356 U.S. (1958).

⁵ Esta caracterización deja por fuera concepciones de la ciudadanía centradas en la responsa-

ciudadanía se amplió para incorporar las condiciones sociales y económicas que deben existir para que los individuos puedan gozar de los derechos. Desde entonces la ciudadanía está vinculada a la igualdad de condiciones.

La coexistencia de estos significados —pertenencia legal de una persona en un Estado determinado, estado ideal en el que los individuos logran la igual titularidad de los derechos y condiciones socioeconómicas para su ejercicio— hacen de la idea de ciudadanía la sede de importantes tensiones del pensamiento político: la escisión entre el ser humano como individuo y como miembro de una comunidad política; el universalismo de los derechos fundamentales y la particularidad de las comunidades; la igualdad abstracta ante la ley y la diferencia concreta de las condiciones particulares de existencia; la membresía y la exclusión, entre otras.

La centralidad de la ciudadanía y las discusiones que resume permiten afirmar que gran parte de la experiencia política moderna se puede sintetizar en la lucha por la inclusión, dentro de la idea de ciudadanía, de sujetos excluidos.⁶ Una parte notable de esa lucha ha sido librada por el pensamiento y la acción feministas.⁷

LA CIUDADANÍA CIVIL Y POLÍTICA

El momento más relevante para la concepción moderna de ciudadanía tiene lugar en el siglo XVIII, con la Revolución Francesa y la emancipación burguesa del poder monárquico. Hasta ese momento, el universo político era concebido como un espacio cerrado, jerárquico y determinado.⁸ El carácter de ciudadano era, por lo tanto, natural y restringido; desde el nacimiento se estaba destinado a serlo o no serlo. El aporte principal de la modernidad política a la ciudadanía

bilidad y los deberes de los sujetos. Estas concepciones serán desarrolladas más adelante, en la segunda y tercera parte de este capítulo.

⁶ Sandro Mezzadra, en *Derecho de fuga*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2005, a propósito de la obra de T.H. Marshal, *Ciudadanía y clases sociales*.

⁷ Para una presentación general del pensamiento feminista, ver Isabel Cristina Jaramillo, “La crítica feminista al derecho”, en *Género y teoría del Derecho*, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000, y Macarena Sáez, “Breve análisis de las tendencias feministas contemporáneas y su relación con el derecho”, en *Derechos humanos, relaciones internacionales y globalización*, Joaquín González Ibáñez, Bogotá, 2007.

⁸ En el mundo antiguo era la naturaleza la que orientaba la ética y, en esa concepción, el universo era asimilado “a una gran familia en la que los astros corresponderían a los hombres libres, cuyas acciones están determinadas en forma inflexible y los seres sublunares corresponderían a los esclavos y los animales domésticos”. Ver Luc Ferry, “La pregunta por la ética en tiempos de la estética”, en Cristina Motta (comp.), *Ética y conflicto*, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1995, p. 319.

es que ésta deja de ser una condición asignada por la naturaleza o Dios a ciertos individuos, para pasar a ser el resultado de una convención política: un pacto celebrado por individuos libres y autónomos definirá las condiciones de la ciudadanía. La ciudadanía civil y política queda entonces desligada ya no sólo de la tradición, sino de condiciones sociales particulares como la propiedad.⁹

En forma esquemática se puede afirmar que la idea de ciudadanía que surge de esta concepción liberal del orden político está enmarcada en tres ideas fundamentales: universalismo¹⁰ y formalismo en los valores que subyacen a los derechos individuales, atomismo de los sujetos de esos derechos,¹¹ y los límites y la neutralidad exigidos al Estado para asegurar su ejercicio.¹²

Estas características conceptuales, y los hechos sociales que las acompañaron, son el centro de las críticas más relevantes que el feminismo¹³ y otras vertientes críticas hacen a la idea de ciudadanía liberal. El universalismo significó para el feminismo la eliminación de las particularidades y las diferencias y, especialmente, la supresión del punto de vista personal.¹⁴ El ciudadano moderno proyectado por el liberalismo es un individuo racional y libre, capaz de superar sus condiciones e intereses particulares. Fuera de esta idea terminarían entonces las mujeres, por estar determinadas por los deseos, el cuerpo y el afecto; los pobres, por estar atados a sus necesidades elementales, y muchos grupos de seres humanos que, por éstas u otras razones, no eran incluidos en el modelo descrito.

⁹ Ver al respecto Jack M. Barbalet, *Citizenship*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1988.

¹⁰ Iris Maryon Young define la idea de universalidad en la ciudadanía “en términos generales, como oposición a lo particular; lo que los ciudadanos tienen en común en oposición a lo que los diferencia”. La universalidad es también “reglas y normas que dicen lo mismo para todos y se aplican a todos de la misma manera; normas y reglas que son ciegas en términos de las diferencias individuales y grupales”. Ver Iris Maryon Young, “Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”, *Ethics*, 99, enero de 1989, p. 250.

¹¹ El atomismo que caracteriza a la idea de individuo liberal es desafiado por autores como Michael Sandel para quien el individuo liberal es un sujeto desarraigado, libre de todo vínculo con su entorno social y capaz de decidir racionalmente. Ver Michael Sandel, “Moral Argument and Liberal Toleration”, *California Law Review*, vol. 77, mayo de 1989.

¹² La neutralidad no es un concepto de significado unívoco ya que bajo este concepto se señalan actitudes estatales diversas. Hoy sabemos que la neutralidad de los liberales posteriores a John Rawls exige la omisión estatal en la forma como cada individuo define lo que es una vida moralmente buena. Ver John Rawls, *Una teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979. Sin embargo, la neutralidad en el liberalismo anterior se identificaba con el respeto a un estado de cosas existente. Modificar la distribución de bienes y recursos preexistentes hacía al estado parcial. Ver Cass Sunstein, “Neutrality in Constitutional Law”, *Columbia Law Review*, vol. 92, enero de 1992.

¹³ Dentro del feminismo agrupamos arbitrariamente corrientes diversas que comparten, a veces con importantes matices, la crítica a la idea de ciudadanía liberal.

¹⁴ Iris Marion Young, “Polity and Group Difference”, *op. cit.*

El formalismo de los valores liberales que sustentan los derechos del ciudadano es también fuertemente cuestionado por el feminismo mediante su confrontación con las profundas desigualdades materiales que se observan en cualquier sociedad occidental. Para el feminismo, los derechos y valores que defiende el Estado, antes que ser orientados por situaciones ideales, deben construirse a partir de las aspiraciones concretas de los desposeídos y de las experiencias de daño producidas por estructuras jerárquicas de poder.¹⁵ En este sentido, algunas corrientes feministas hacen suya la crítica marxista a la ciudadanía burguesa y al formalismo de los derechos humanos.¹⁶ Es decir, subrayan la inutilidad de los derechos formales y pugnan por su confrontación con las desigualdades reales e inalteradas por el derecho liberal.

El atomismo e individualismo del sujeto ciudadano que construye el modelo liberal es abordado por el feminismo a partir de su confrontación con la manera como se ha desarrollado el ser femenino bajo el patriarcado. El yo libre, pre-social, acultural y autónomo que imagina el liberalismo es enfrentado a un yo subordinado, contextualizado y dependiente cuya identidad es producto de una interacción social y una cultura que le son desfavorables. En este sentido, el feminismo comparte con el comunitarismo¹⁷ sus críticas a una idea de sujeto que ignora la centralidad de la relación con los otros y las diferencias inmutables o contingentes entre los seres humanos, sean ellas la pobreza, la extranjería, la opresión, la raza, el sexo o la orientación sexual.

La neutralidad del Estado, finalmente, es uno de los aspectos más desarrollados por la teoría feminista. Para proteger el mundo privado, el Estado liberal debe reducirse a su expresión mínima. El liberalismo defiende un ámbito individual y un espacio social cuyo respeto absoluto por parte del Estado es considerado la garantía primordial de protección de los derechos. El feminismo denuncia los problemas que genera esta situación y subraya la desprotección en la que quedan las mujeres con la separación de la esfera privada y la pública y la ausencia estatal de la primera. El feminismo progresista considera que los más serios impedimentos para lograr un mundo más igualitario no se derivan de los abusos del Estado, sino de las “injustas concentraciones de poder privado

¹⁵ Al respecto ver Robin West, “Progressive and Conservative Constitutionalism”, *Michigan Law Review*, vol. 88, N° 4, febrero de 1990, p. 679.

¹⁶ Para este tema en profundidad, ver Isabel Cristina Jaramillo, “Instrucciones para salir de la prisión de los derechos”, en *La crítica a los derechos*, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003.

¹⁷ Los orígenes del comunitarismo se suelen adjudicar a Aristóteles, Santo Tomás, Hegel y otros autores que ponen el acento en la importancia de la comunidad y la relación con otros para explicar las acciones individuales. Los autores contemporáneos más relevantes son Michael Walzer, Alisdair MacIntyre, Michael Sandel y Charles Taylor.

el poder social de los blancos sobre los negros, el poder que tienen en la intimidad los hombres sobre las mujeres, el poder económico de los privilegiados económicamente sobre los que nada tienen”.¹⁸ Robin West se refiere así a la impronta liberal de la Constitución de los Estados Unidos:

[...] No sólo la Constitución no prohíbe la subordinación y el abuso del poder, sino que, al menos en la mayoría de los casos y para garantizar la protección constitucional de la libertad individual, protege agresivamente las jerarquías de riqueza, estatus, raza, preferencias sexuales y género que facilitan las prácticas de subordinación. Así, la Constitución protege ostensiblemente la libertad individual para producir y usar agresiones verbales, no obstante su tendencia a crear patrones de opresión racial. También protege el derecho individual a crear y consumir pornografía, no obstante su posible conexión con el aumento de violencia privada contra la mujer.¹⁹

LA CIUDADANÍA SOCIAL

Durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del XX, el concepto de ciudadanía tuvo una transformación significativa. Iluminada por el marxismo y alentada por la irrupción de pujantes movimientos obreros, la idea de ciudadanía dejó de expresar sólo la pertenencia a una comunidad determinada y la igual titularidad de derechos, para enfocarse en la igualdad de condiciones sociales y económicas que deben tener los individuos para gozar de ellos. Por esto la ciudadanía debió incorporar los derechos sociales; derechos cuya característica principal es la exigencia de condiciones materiales de realización mediante la activa acción estatal.²⁰ Tener derechos dejó de ser un tema de capacidad y oportunidad para convertirse en un asunto de condiciones.²¹ En efecto, a pesar de que a partir del siglo XVIII la ciudadanía fue progresivamente despojada de los privilegios de sangre y propiedad, el carácter formal de los derechos civiles y políticos admitió su coexistencia con condiciones extremas de desigualdad social.

¹⁸ Ver Robin West, “Constitutional Scepticism”, en Susan J. Brison y Walter Sinnott-Armstrong, eds., *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Westview Press, San Francisco, 1993, p. 243. Traducción de la autora.

¹⁹ Robin West, *op. cit.*, p. 243. Traducción de la autora.

²⁰ La historiografía de la ciudadanía ubica la obra de T. H. Marshall como el trabajo más influyente sobre el tema en el siglo XX. Su principal mérito fue poner en evidencia la estrecha relación entre ciudadanía y clases sociales. Ver T. H. Marshall, *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998.

²¹ Ver al respecto Jack M. Barbalet, *Citizenship*, *op. cit.*

La ciudadanía social surge entonces de la mano de un modelo estatal interventor y está definida por su estrecho vínculo con el concepto de clases sociales. Frente a este modelo, el pensamiento feminista se divide en dos grandes grupos: el que ve en aquél un espacio propicio para el empoderamiento de las mujeres, y el que asume lo contrario. En términos esquemáticos, las objeciones a la ciudadanía social se pueden agrupar en tres temas principales. Primero, desde el punto de vista de la idea de la igualdad: si bien el trato igualitario garantiza los derechos civiles y políticos, los derechos sociales implican un concepto de igualdad que surja de las diferencias y se apoye en las desventajas estructurales de las mujeres y otros grupos subordinados. Segundo: para que estos grupos puedan ser beneficiarios de los derechos que confiere la ciudadanía social, las dimensiones espaciales en las que se ejercen deben ser ampliadas para amparar espacios informales de acción. Tercero: el concepto de participación política que requiere la ciudadanía social no debe tener en los parlamentos su lugar de expresión privilegiada, sino que debe dar cuenta de lo que se ha denominado el “poder desde abajo”, que surge de las organizaciones sociales de base y que expresan formas relevantes de acción política femenina.²²

LA CIUDADANÍA MULTICULTURAL Y TRANSNACIONAL

El fin del siglo XX y la primera década del XXI se caracterizan por la crisis de la idea de ciudadanía, tal como había sido concebida hasta ahora. El debate actual gira alrededor de dos ejes críticos: la ciudadanía multicultural y la ciudadanía transnacional. La primera eleva las críticas ya enunciadas a la idea liberal de ciudadanía; su excesivo énfasis en los derechos individuales y su universalidad en detrimento del vínculo con la comunidad y la identidad grupal.²³ En efecto, varias vertientes contemporáneas del pensamiento político procuran dotar a la ciudadanía de un aspecto normativo propio, ya no dependiente de los derechos, y que se exprese en las prácticas virtuosas de los ciudadanos.²⁴ Esta concepción de la ciudadanía como vínculo activo y responsable de los individuos con la comunidad le otorga a la idea de ciudadanía una dimensión nueva, centrada en la participación y en la definición de lo que sería un buen ciudadano. De otra parte, importantes teorías contemporáneas procuran reformular el canon liberal para dar cuenta de la diversidad y reclaman derechos grupales basados

²² Ver el desarrollo de este punto en Julia S. O'Connor, “Gender, Class and Citizenship in the Comparative Analysis of Welfare State Regimes: Theoretical and Methodological Issues”, *The British Journal of Sociology*, vol. 44, N° 3, septiembre, 1993.

²³ Ver al respecto Will Kymlicka y Wayne Norman, “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, *Agora*, N° 7, invierno de 1997.

²⁴ *Ibid.*

en las diferencias culturales, sexuales, raciales o sociales. Los autores que defienden esta idea consideran que, por ejemplo, los grupos culturales²⁵ deben ser protegidos con derechos especiales que aporten elementos adicionales para la verdadera inclusión de los grupos excluidos. Los derechos poliétnicos, de representación y de autogobierno en el caso de los grupos culturales garantizarían la expresión y el desarrollo de la cultura sin obstáculos, protegerían las diferencias, asegurarían la plena participación política y adquirirían autonomía y jurisdicción territorial.²⁶

En su carácter transnacional, de otra parte, la ciudadanía se desplaza. Si hasta ahora el debate giraba alrededor de la inclusión y el ejercicio de los derechos dentro de la ciudadanía, ahora el problema es definir si existe un derecho a ser ciudadano. No se discute el tipo de derechos que componen la ciudadanía, sino la existencia misma de un derecho a tenerla o adquirirla. En este sentido, la unión conceptual entre ciudadanía y nacionalidad, unión que tiene su origen en la constitución misma de los estados nación europeos en el siglo XIX,²⁷ pero que había perdido fuerza frente a la relevancia de los derechos, reaparece esta vez de la mano de la globalización²⁸ y las migraciones masivas por razones económicas o políticas.²⁹ El carácter excluyente de la ciudadanía como pertenencia es hoy, de nuevo, medular. Sin embargo, las fronteras actuales son más difusas que nunca y la inmigración, el multiculturalismo y la globalización demandan una idea de ciudadanía más apta para incorporarlas.

Desde la perspectiva de género se han hecho importantes aportes para entender los efectos de la globalización en las mujeres³⁰ e incluso para fundar una

²⁵ Kymlicka plantea una distinción dentro de las minorías étnico-culturales: diferencia los grupos étnicos y las minorías nacionales. Los primeros están constituidos por inmigrantes que aspiran a incorporarse a la sociedad hegemónica, aunque pretendan conservar ciertos rasgos culturales. En cambio, las minorías nacionales están conformadas por los denominados *pueblos originarios* que poseen una cultura que demanda ser conservada. Will Kymlicka, *La ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996, pp. 46-52.

²⁶ *Ibid.*, p. 52.

²⁷ Ver Verena Stolcke y Leandro Wolfson, “La ‘naturaleza’ de la nacionalidad”, *Desarrollo Económico*, vol. 40, N° 157, abril-junio de 2000.

²⁸ Acojo una definición de globalización que subraya que es “un proceso amplio y profundo de transformación internacional que representa una nueva fase del capitalismo. En su manifestación contemporánea, la globalización se caracteriza primordialmente por el creciente poder del capital y del mercado en relación tanto al trabajo como al Estado”. Ver “Colombia: una nueva sociedad en un mundo nuevo”, *Análisis Político*, Bogotá, julio de 1997.

²⁹ Ver al respecto Luigi Ferrajoli, “Mas allá de la ciudadanía global”, *Isonomía*, N° 9, octubre de 1998.

³⁰ Ver “Gender, Globalization and Social Change in the 21st Century”, *International Sociology*, vol. 18, septiembre de 2003, p. 3. Ver también Saskia Sassen, “The Repositioning of Citizenship: Emergent Subjects and Spaces for Politics”, *The New Centennial Review*, 2003.

teoría feminista de la globalización.³¹ En el primer sentido, el diagnóstico más compartido es aquel que adjudica al proceso de globalización, y a sus características de integración económica y cultural, la responsabilidad por el denominado “sector de exportación de género”³² basado en el trabajo doméstico, microempresarial y sexual de mujeres en las que confluyen, además del género, la raza, la clase y el origen nacional.³³ La globalización también es censurada por propiciar las “nuevas formas de esclavitud” presentes en los procesos de tráfico humano, de los que las mujeres son sus mayores víctimas.

La lucha por los derechos de las mujeres coincide en su contenido, aunque no en su cronología, con la historia de la ciudadanía, tal como ha sido esbozada siguiendo la caracterización de Marshall.³⁴ La inclusión de las mujeres como ciudadanas coincide con las demandas burguesas por la universalización de los derechos civiles y políticos. La definición de un concepto de igualdad material, destinado a dar cuenta de las diferencias y a superar la subordinación, encuentra en las clases sociales y en las demandas obreras un faro teórico y práctico. Finalmente, los debates feministas contemporáneos, centrados en la identidad cultural, el reconocimiento social y la defensa transnacional de valores, conectan estrechamente a las mujeres con otros grupos sociales en la búsqueda y obtención de demandas concretas.³⁵

Para dar cuenta de este paralelo, y estudiar los fallos en los que la justicia regional construye doctrinas coherentes con estas luchas teóricas y prácticas, divido este capítulo en tres partes:

(I) Ciudadanía como aspiración, en el que abordaré los problemas de igualdad, reparación y emancipación.

(II) Ciudadanía como pertenencia, en el que analizaré los problemas de identidad, cultura y globalización y ciudadanía como práctica.

(III) Por último, analizaré la autonomía, la dependencia y formas concretas de participación femenina.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ Ver al respecto Tamar Pitch, “Tess y yo: la diferencia y las igualdades en la diferencia”, en Haydée Birgin y Beatriz Kohen, comps., *Acceso a la justicia como garantía de la igualdad*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2006. Ver además el capítulo “Trabajo” de este libro.

³⁴ T.H. Marshall, *Ciudadanía y clase social*, *op. cit.*

³⁵ En este sentido, la teoría de la ciudadanía se inscribe en la democracia radical que ofrece Chantal Mouffe en “Feminism, Citizenship and Radical Feminist Politics”, en Judith Butler y Joan W. Scout, eds., *Feminist Theorize the Political*, Routledge, New York, 1992.

I. LA CIUDADANÍA COMO ASPIRACIÓN: IGUALDAD, REPARACIÓN Y EMANCIPACIÓN

La historia del movimiento feminista, como se dijo arriba, puede ser recorrida de la mano de la historia de la ciudadanía. El limitado alcance de la ciudadanía liberal, en términos de los pocos sujetos que incluía, fue el impulso fundamental del primer movimiento feminista, aquel que obtuvo su mayor triunfo con el logro de la ciudadanía política y el derecho al voto para las mujeres.³⁶

Sin intentar desafiar la teoría liberal de la sociedad, el feminismo de la igualdad o feminismo liberal consideraba que la causa fundamental de las desventajas de las mujeres se reducía a las diferencias en el trato legal. Estas diferencias, creían, suponían para ellas menores recursos materiales, las llevaba a ser juzgadas con estándares inadecuados, les negaba la igualdad de oportunidades e impedían que se reconocieran daños específicamente femeninos cuando los hombres podían ser afectados. Como la discriminación radicaba en el trato legal diferencial, la primera acción feminista relevante centró sus esfuerzos en lograr la realización efectiva de la premisa liberal que establece que todos los seres humanos deben recibir un trato igualitario frente a la ley, es decir, luchar por la inclusión de las mujeres en la idea de ciudadanía —limitada a sujetos masculinos, blancos y propietarios—,³⁷ por la igualdad salarial y la prohibición de la discriminación sexual en el empleo y los oficios,³⁸ y por el derecho a la pro-

³⁶ El primer país de América Latina que otorgó el sufragio a la mujer fue Ecuador, en 1929. Durante las décadas del treinta y del cuarenta un gran número de países siguió esta tendencia: Brasil y Uruguay en 1932, Cuba en 1934, El Salvador en 1939, República Dominicana en 1942 y Jamaica en 1944. Guatemala, Panamá y Trinidad y Tobago en 1945; Argentina y Venezuela en 1947, Chile en 1948 y Costa Rica en 1949. En la década del cincuenta las mujeres consiguieron el voto en los países restantes del continente: Haití en 1950, y las pequeñas islas del Caribe —Antigua, Barbados, Dominica, Saint Kitts-Nevis, Santa Lucía, Granada y San Vicente— en 1951. Bolivia en 1953, Belice, Colombia y México en 1954 (este último no en los mismos términos que el hombre hasta 1958); Nicaragua y Perú en 1955, Honduras en 1957 y finalmente Paraguay en 1958.

³⁷ A pesar de haber sido otorgado legalmente en las primeras décadas del siglo XX, muchas veces el voto femenino sólo pudo ser ejercido tiempo después. Es el caso de Argentina, Chile y Nicaragua, en los que las constituciones o las leyes reconocieron el derecho de la mujer a votar pero el camino real a las urnas ocurrió una o dos décadas más tarde. En el caso de Brasil y México, el voto real llegó antes a los comicios municipales y locales, y tardó varios años en extenderse a las elecciones nacionales. En Puerto Rico, República Dominicana y Panamá, en los primeros comicios integrados por mujeres, sólo pudieron acudir a las urnas aquellas que fueran educadas; quedaban por fuera las mujeres trabajadoras y las analfabetas. Ecuador y Uruguay fueron pioneros en reconocer el derecho femenino, en lo que más se acercó a un sufragio universal. Finalmente, Colombia, Bolivia, Paraguay y Perú otorgaron el voto a la mujer, sin restricciones, en la mitad del siglo XX.

³⁸ Ver el capítulo “Trabajo” de este libro.

piedad de la mujer casada. Esta acción feminista, que se extendió a todo el siglo XX, no introdujo un desafío al modelo de ciudadanía imperante, simplemente propugnó por la inclusión de las mujeres como beneficiarias de determinados derechos. El feminismo de la diferencia,³⁹ por su parte, se opone a este intento de inclusión de las mujeres en una idea de ciudadanía equiparable a la masculina, y propone que las experiencias de las mujeres, en tanto mujeres, sean valoradas, y que la maternidad, el cuidado y la familia orienten la acción política feminista. Estas demandas parten de la necesidad de un tratamiento legal especial para los aspectos en los que se fundan las diferencias.

El segundo período del pensamiento feminista, denominado la segunda ola, tiene su relato paralelo en la historia de la ciudadanía social que, como se expuso, se expresó en la superación de la restrictiva y excluyente ciudadanía civil y política y su limitación a la igualdad y libertad formales con la incorporación de importantes derechos sociales. Desde el punto de vista del pensamiento feminista, este segundo momento es enriquecido con un importante debate teórico: los feminismos liberal social, socialista y radical irrumpen como alternativas sólidas al dilema igualdad-diferencia.⁴⁰ Estas ideas inauguran el primer gran desafío en contra de la teoría social liberal y la idea de igualdad que la orienta. El feminismo radical entiende que el problema de las mujeres no es la desigualdad, sino la subordinación. Considera que no se trata de atacar privaciones puntuales de fácil superación en la ley, sino de combatir el patriarcado concebido como un “sistema de estructuras y prácticas sociales en las que los hombres dominan, explotan y oprimen a las mujeres”.⁴¹ A la dupla tradicional igualdad-diferencia se opone ahora la idea de supremacía-dominación.

Como la dominación masculina se ejerce a través del control del cuerpo y de la sexualidad de las mujeres, es preciso considerar todos los aspectos de la vida social, especialmente los privados, y no atender tan sólo a los derechos verificables en el espacio público. En este sentido, la sexualidad adquiere una preponderancia excepcional. Los capítulos “Violencia” y “Trabajo” de este libro abordan con profundidad estos aspectos. Basta por ahora subrayar la idea de subordinación aportada por el feminismo radical, y que, en términos de la ciudadanía, significa incorporar lo personal en lo político.⁴²

³⁹ La mayor exponente de esta perspectiva es Carol Gilligan. Ver Carol Gilligan, *In a Different Voice*, Harvard University Press, Cambridge, 1982.

⁴⁰ Para la presentación de estas teorías, ver Isabel Cristina Jaramillo, “La crítica feminista al derecho”, *op. cit.*

⁴¹ Ver Sylvia Walby, *Theorizing Patriarchy*, Blackwell, Cambridge, 1990.

⁴² Bajo este lema, Catharine MacKinnon expresa la importancia de elevar a la esfera pública los asuntos privados.

Dentro de este marco teórico general analizaré el desarrollo jurisprudencial de la idea de ciudadanía para las mujeres en América Latina. La primera etapa, ocurrida tres décadas más tarde que en Estados Unidos,⁴³ significó la ampliación de la ciudadanía civil y política. La segunda etapa, también tres décadas después,⁴⁴ trajo las reformas constitucionales, penales y laborales que promovieron derechos positivos y, especialmente, fueron la expresión de la censura estatal a la violencia y a la dominación sexual.⁴⁵ La tercera etapa está determinada por las luchas contemporáneas por el reconocimiento cultural y la distribución económica en un espacio globalizado, y se expresa en situaciones y fallos orientados a la protección transnacional de los derechos.

Las primeras decisiones judiciales que reseño a continuación dan cuenta de la forma como la región fue construyendo una teoría de la igualdad sexual.⁴⁶ Mostraré el paso de una concepción formal a una idea sustantiva de la igualdad hasta llegar a la constitucionalización de las acciones afirmativas. Los fallos que aquí se ofrecen demuestran la adopción de la discriminación y la violencia en espacios y relaciones privados como asunto público, y con ello la adopción de la perspectiva del feminismo radical por parte del derecho regional.

A. PRIMER PROBLEMA: LA IGUALDAD ANTE LA LEY

La legalidad, entendida como la exigencia al derecho de obtener su justificación a partir de sus características formales, es decir, del conjunto de reglas generales y abstractas expedidas según procedimientos predecibles, es la idea que parece regir la jurisprudencia latinoamericana durante gran parte del siglo XX en el tema de igualdad. Las diferencias entre la igualdad formal y material, sin

⁴³ La aprobación de la Decimonovena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos ocurrió en 1920. “El derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos no será desconocido ni limitado por los Estados Unidos o por Estado alguno por razón de sexo. El Congreso está facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas”.

⁴⁴ En Estados Unidos, esta segunda etapa comprende el período que va de 1960 hasta mediados de la década del ochenta, y sus hitos son la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que permite el uso de anticonceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965), la que legaliza el aborto (*Roe v. Wade*), y la doctrina del “escrutinio moderado”, que permite la discriminación positiva por razones de sexo (*Craig v. Boren*).

⁴⁵ Ver los capítulos “Violencia” y “Trabajo” de este libro.

⁴⁶ Todas las constituciones latinoamericanas consagran la igualdad formal. Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú, Cuba y México reconocen de manera expresa la igualdad entre hombre y mujer o la igualdad sexual. Los derechos de la mujer se garantizan constitucionalmente en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Argentina. Adicionalmente, en Colombia, Cuba, Ecuador y Paraguay se consagra la obligación de promover las acciones necesarias para garantizar la real igualdad. La Constitución de Honduras establece la penalización de la discriminación por sexo.

embargo, irrumpen en los razonamientos judiciales de la mano de la ciudadanía social y el modelo estatal benefactor. Desde el punto de vista de la teoría jurídica, estos cambios se hicieron evidentes en la superación del formalismo y en el rescate de los hechos y de la realidad social para la interpretación judicial. Es evidente el paso de la utilización exclusiva de métodos lógicos y silogísticos a la comprensión del derecho como práctica social, cuya validez y eficacia incorpora el conocimiento del espacio en el que opera. Se verifica también el derrumbe del mito de la voluntad del legislador como único aspecto guía de la interpretación.

Los fallos que aquí se presentan muestran estas transformaciones y expresan tres problemas jurídicos vinculados con los alcances de la interpretación judicial de la igualdad de las mujeres: el primero es un documento histórico que expresa la forma como la cultura jurídica de la Argentina de 1929 permitía resolver un típico caso de igualdad ante la ley: la habilitación legal de las mujeres para desempeñar cargos y funciones que les eran vedados. El segundo aborda el problema de la capacidad jurídica de la mujer casada, y el tercero importa a la región el estándar de igualdad construido por la Corte Suprema de los Estados Unidos para la discriminación por género.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
Ángela Camperchioli
24 de noviembre de 1921

Problema jurídico

¿Puede aplicarse por analogía una incapacidad a las mujeres para desempeñar un oficio no prohibido expresamente por la ley?

Hechos

La señora Ángela Camperchioli solicita se le tome juramento para ser inscrita en la matrícula de escribanos. A pesar de que la ley número 1893 no contempla incapacidad alguna de las mujeres para ejercer esta actividad, los códigos civil y comercial sí establecían la incapacidad de la mujer para el desempeño de ciertas funciones. Las cámaras de apelación deciden que si la mujer no puede ser testigo en la firma de instrumentos públicos, con menor razón podrá desempeñar funciones notariales.

Decisión de la Corte

La Corte revoca la decisión apelada y prohíbe la interpretación extensiva de restricciones a los derechos de las mujeres.

Extractos

Fiscal

El Escribano público [...] es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los actos y contratos, que ante él se extendieren o pasaren y esas funciones han sido siempre entre nosotros y en los países de donde proviene nuestra legislación sobre el particular, consideradas como *oficia virilia*. En el ejercicio de las funciones que les están encomendadas por la ley a los escribanos, son guardadores de la fe pública y en los actos en que intervienen, dan fe de la verdad de los hechos que consignan y pasan ante ellos, desempeñando así en cierto concepto bajo un punto de vista más elevado, el mismo papel de los testigos del acto, de cuya presencia también, testifican y dan fe; y siendo así, ¿cómo cabría admitir que ese cargo pueda ser desempeñado, por quien, no tendría ni siquiera las calidades requeridas por la ley para ser testigo? Quien no puede lo menos no puede lo más.

[...]

Esas incapacidades, que la ley declara, que van desapareciendo si se quiere en las legislaciones modernas, y que son resabios de los antecedentes de nuestras instituciones jurídicas, deben ser respetadas por quienes, aunque reconozcan su atraso, no les es dado juzgar del valor intrínseco o de la equidad de la ley, correspondiendo resolver la cuestión que promueve la peticionante a falta de un texto expreso en la ley que lo resuelva, por el espíritu de la misma, por los principios jurídicos de la legislación general vigente en la materia respectiva y en su defecto por los principios generales de derecho (arts. 59 y 62 del Código de procedimientos).

Cámaras de apelación

1°. Que el artículo 152 de la ley 1893 de Organización de los Tribunales de la Capital, establece expresamente que para optar al cargo de Escribano público, se requiere ser ciudadano argentino.

2°. Que si bien es cierto que ninguna disposición legal establece literalmente que las mujeres estén inhabilitadas para el desempeño del cargo de Escribano público, todas las disposiciones de la ley 1893, en concordancia con el texto antes subrayado del artículo 152, se refieren siempre al Escribano, en género masculino.

3°. Que por otra parte, el artículo 990 del Código civil establece que las mujeres no pueden ser testigos en los instrumentos públicos, disposición que está de acuerdo con la tradición imperante en nuestro país con respecto a la condición y los derechos de la mujer. De acuerdo con ella y con los términos literales de la ley 1893, la prohibición de que la mujer sea testigo en los instrumentos públicos no hace sino completar el punto de vista general de la legislación del país. Pero esa prohibición resultaría absurda y desprovista de todo fundamento, si la mujer pudiera ser reputada hábil para el desempeño del cargo Escribano público.

Por estos fundamentos y concordantes del dictamen fiscal precedente, no se hace lugar a lo pedido por la recurrente.

Disidencia

[...]

Es de riguroso principio en cualquier derecho, lo propio en nuestras leyes (Constitución Nacional, art. 19; Código civil, arts. 52 y 53), que siempre está permitido lo que no se halle prohibido, que la incapacidad no se presume jamás y que cualquier excepción es de derecho estricto. De consiguiente, el problema de autos no debe ser planteado en el sentido de si la ley permite a una mujer ser escribano, sino en este otro muy distinto: si hay ley que le prohíba hacerlo. No existe en nuestro derecho, desde luego, una sola disposición prohibitiva al respecto.

[...]

Ni siquiera es dable encontrarla indirecta o implícitamente. El requisito de la ciudadanía, exigido por el artículo 152 de la ley 1893, nada impone si la recurrente es argentina, como postula su solicitud es por eso ciudadana, ya que el artículo 1º de la ley 346 establece sinonimia entre la calidad de argentino y la de ciudadano. Carecerá de derechos electorales, pero estos derechos no agotan los atributos de la ciudadanía, que supone muchos otros derechos (servicio militar, protección de las leyes, como en el caso del art. 3470, Código civil; jurisdicción, como en los supuestos federales, de las leyes 48, 50, etc.). De otra suerte, resultaría que ni los argentinos varones serían ciudadanos mientras no tuviesen capacidad electoral, lo que sería absurdo y lo que en modo alguno está implicado en la ley de ciudadanía. Por lo demás, la expresión masculina del requisito es fácilmente explicable: se aplica allí, sin pensárselo, el principio de que las leyes no se hacen para un solo sexo, y menos para el femenino, y se emplea así la forma masculina que es la comprensiva de los dos sexos. Es así como se dice en el Código civil, por ejemplo, “los impúberes” (art. 54), “los adultos” (art. 55), “los incapaces” (art. 56 y siguiente), “los parientes” (art. 66), “el ausente” (art. 114), “los dementes”, “los sordomudos”, “los esposos” (art. 19 ley de matrimonio), “el cónyuge” (art. 21 misma ley), “los padres”, “los hijos”, “los ciudadanos”, etc., etc., en disposiciones en que indiscutiblemente se alude a ambos sexos.

El argumento de que la mujer no puede ser escribano porque la ley civil le prohíbe (art. 990) ser testigo en un instrumento público, implicaría esto: todos los incapacitados por ese texto para ser testigos (los no residentes en el lugar, los dependientes y los parientes del escribano), tampoco podrían aspirar a ser escribanos. No se observa que se trata de una incapacidad accidental y específica, que así sólo tiene sentido en su respectiva materia. Y está demás observar que las demás restantes incapacidades que pesan sobre la mujer (tutela, etc.), nada tienen que ver con la aptitud legal para la función de escribano. De otra suerte, y sobre la base de que uno, cinco o

cincuenta textos prescriban incapacidades especiales, se llegaría a sostener que la mujer está inhabilitada para todo.

No sólo no hay nada contra la recurrente, sino, que, además, habría no poco en su favor. *Es jus receptum*, entre nosotros como en todas partes, que la mujer puede ser empleada administrativa, farmacéutica, médica y abogada. Si puede abogar, está en condiciones de ser escribano (art. 160 de la ley 1893). Y si está en condiciones de ejercer una profesión tan delicada e importante como la letrada, resultaría anómalo que no lo estuviese para una profesión afín y legalmente inferior. Agréguese el movimiento de la cultura moderna que propende a emancipar a la mujer, en muchos más de un sentido y con relación a atavismos y prejuicios sociales que hoy carecen de cualquier sentido serio, y se adquiriría esta doble convicción: nada obsta al pedido de la interesada; todo concurre para que ese pedido sea perfectamente legal.

Por ello, justifique la interesada su condición de argentina, y fecho vuelva para señalar día y hora a los efectos del juramento solicitado.

Corte Suprema de Justicia

[...]

Que así considerado el caso de autos, corresponde establecer desde luego, que según se hace constar en el mismo dictamen fiscal con que se impugnan el título presentado (fojas 2 vuelta), no hay ley ni texto legal expreso que consagre la incapacidad de que se trata, la que se hace derivar del espíritu de una ley y de principios generales de legislación y de derecho, concepto en que también se ha fundado el autor recurrido, que declara dicha incapacidad no obstante la afirmación de que “ninguna disposición legal establece literalmente que las mujeres están inhabilitadas para el desempeño del cargo de Escribano público”.

Que los antecedentes que preceden demuestran que la denegatoria de la inscripción solicitada, equivale a la invalidez del título y a la ineptitud legal de quien lo invoca, no importa el cumplimiento o consagración de un precepto de la ley expreso, sino la aplicación por analogía o implicancia de principios o disposiciones generales relativos a incapacidades y conceptos jurídicos de otro orden, que si bien pueden guardar similitud con la limitación que se pretende crear, no la establecen ni la rigen por explícita determinación legal.

Que en tales condiciones, la capacidad para el ejercicio de su profesión de escribano que la recurrente justifica con título inobjeto, conferido por la autoridad instituida por la ley al efecto, no puede invalidarse, hasta quedar anulada, por una presunta incapacidad derivada por inducción de otras que las leyes comunes enumeran taxativamente, porque si fuera permitido inferir las incapacidades legales, aún sobre los títulos que acreditan una aptitud del mismo orden, aquéllas no constituirían la excepción sino la regla general, y no se interpretarían con criterio restrictivo sino con la amplitud correspondiente.

Que por lo demás, sin entrar al examen de la condición jurídica de la mujer en nuestra legislación, porque ello importaría extralimitar el debate de estos autos, corresponde insistir sin embargo, en que sean cuales fueren las restricciones que le están impuestas, ninguna autoriza a imponerle otras por interpretación extensiva de aquéllas, oponiendo así injustificados reparos a las garantías primarias de la Constitución, como son la de la igualdad ante la ley, el derecho de aprender, de trabajar, de no ser privado de lo que la ley no prohíbe, con las que no puede armonizar una decisión judicial que anula de echo, sin fundamento legal expreso, un título de idoneidad profesional legítimamente adquirido.

Por estos fundamentos y los concordantes de los votos en disidencia de fojas 11 vuelta y 14 vuelta, y oído el Procurador General, se revoca la decisión apelada de fojas 11, devolviéndose los autos al tribunal de procedencia a los fines determinados en la primera parte del artículo 16 de la ley número 48. Notifíquese y repóngase el papel ante el tribunal de origen.

Corte Suprema de Justicia de Panamá
Acción de inconstitucionalidad del artículo 26 del Código de comercio
8 de febrero de 1994

Problema jurídico

¿Pugna con el artículo 19 de la Constitución Nacional⁴⁷ la norma que establece que para la validez de los actos mercantiles ejecutados por la mujer casada se requiere una ratificación posterior del marido?

Hechos

Una mujer panameña demanda ante la Corte Suprema de Justicia la inconstitucionalidad del artículo 26 del Código de comercio que establece que

[...] los mayores de edad pueden confirmar válidamente las obligaciones contraídas con actos de comercio ejecutados por ellos durante su minoridad. Asimismo serán válidos los actos mercantiles ejecutados por la mujer sin licencia expresa ni tácita del marido, cuando aquéllos sean objeto de una ratificación posterior por el último.

Decisión de la Corte

La Corte declara inconstitucional la norma demandada.

⁴⁷ “No habrá fueros o privilegios personales ni discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas”.

Extractos

La demandante estima que el párrafo segundo del artículo 26 del Código de comercio infringe los artículos 19, 20 y 53 de la Constitución Nacional vigente y el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Para decidir la acción de inconstitucionalidad que motiva esta actuación de la Corte Suprema de Justicia, es necesario confrontar el párrafo segundo del artículo 26 del Código de comercio con las normas invocadas como infringidas.

A juicio del Pleno el párrafo segundo del artículo 26 del Código de comercio viola el artículo 20 de la Constitución Política que consagra el principio de igualdad ante la ley. Y esto es así porque el párrafo segundo del artículo 26 del Código de comercio da un tratamiento jurídico distinto a la mujer casada, por razón de su estado civil, quien no puede ejercer libremente actos de comercio ya que necesita que los mismos sean ratificados por su marido. Este tratamiento desigual, esta discriminación a la mujer casada constituye una violación del principio constitucional de igualdad ante la ley consagrado en nuestra Carta Magna en los siguientes términos: Artículo 20: Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley [...]

Recientemente la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el artículo 27 del Código de comercio, mediante sentencia fechada el 19 de enero de 1994. En la parte motiva de este fallo la Sala Plena expresó:

En el artículo cuya inconstitucionalidad se demanda se acepta que la mujer casada requiere de autorización de su marido para ejecutar actos de comercio, los que deben quedar revalidados, aunque no hayan sido autorizados por el marido, si la mujer obtiene la declaración de nulidad del matrimonio correspondiente. Se trata, por tanto, de una detestable discriminación por razón del “estado civil” de la persona, es decir, de la mujer, lo que pugna con el contenido del artículo 20 de la Constitución Política vigente que consagra la igualdad de todos los panameños ante la ley.

En el caso que nos ocupa, la discriminación que se produce en el artículo 27 del Código de comercio se deriva de la distinción entre la mujer casada y la que no lo es, ya que a la primera se le exige, para que sus actos de comercio tengan validez, la autorización del marido.

En el ordenamiento constitucional vigente las mujeres tienen plena igualdad siempre, no importa que sean o no casadas, por lo que debe eliminarse la posibilidad de que se pretenda consagrar la validez de los actos ejecutados por la mujer casada luego de anularse el matrimonio.

Aunque el artículo demandado fue concebido para proteger a la mujer que actuaba sin autorización del marido, no cabe duda [de] que consagra una discriminación ya que ninguna mujer en pleno goce de sus derechos civiles debe necesitar autorización del marido para ejecutar actos de comercio, ni debe consagrarse expresamente el

privilegio que se establece en favor de la mujer que antes estuvo casada, tal como ocurre en el artículo 27 del Código de comercio. La violencia explícita de normas como la que se examina, disminuyen la calidad de vida de una sociedad que aspira legítimamente a que prevalezca la justicia e igualdad propios de la pacífica convivencia.

Toda mujer mayor de edad tiene plena capacidad legal para ejecutar actos de comercio, sin necesidad de autorización de su marido a terceras personas, por lo que es innecesario consagrar el principio previsto en el artículo 27 del Código de comercio. Más aún, en el momento actual en que, según estudios económicos del BID, la participación de la población femenina en la fuerza laboral y actos de comercio de América Latina, representa unos 40 millones de personas, que en el año 2000 alcanzará cerca de 50 millones, o sea una cuarta parte de la fuerza laboral de la región. Todos los programas de inversión para el progreso económico y social, apuntan hacia el desarrollo integral de la mujer, no sólo porque es un objetivo de equidad importante, sino también una forma eficiente de aprovechar la productividad total de los recursos de la región (Véase Informe del Banco Interamericano de Desarrollo sobre “Progreso económico y social en América Latina. Tema especial: La mujer trabajadora en América Latina”, 1990, 264 págs., pp. 7-10).

Por todo lo expuesto consideramos que le asiste la razón a la recurrente en cuanto al cargo de inconstitucionalidad que alega del párrafo segundo del artículo 26 del Código de comercio, por violación del artículo 20 de la Constitución Política.

Como la norma acusada debe ser declarada inconstitucional por esta violación a la Constitución, el Pleno considera innecesario confrontar este precepto con otras normas constitucionales.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

**Cristina González de Delgado y otros contra Universidad Nacional de Córdoba
19 de septiembre de 2000**

Problema jurídico

¿Cuál es el estándar de igualdad aplicable a la discriminación por razones de sexo?

Hechos

Los padres de algunos alumnos de un colegio dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba buscaron, por vía de amparo, que el Consejo Superior de la Universidad no permitiera el ingreso de mujeres al establecimiento.

Decisión de la Corte

La Cámara, por mayoría, rechazó la acción y la Corte Suprema de Justicia declaró formalmente procedente el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada.

Extractos

[...]

En “United States v. Virginia” (fallo del 26 de junio de 1996, publicado en 518 U.S. 515) se trató una demanda promovida por el gobierno federal contra el estado de Virginia y el Virginia Military Institute. Esta prestigiosa escuela —de famosos métodos y logros— era el único instituto de enseñanza superior de Virginia que impartía educación para un solo sexo: el masculino. Esa política de admisión y la consiguiente imposibilidad de las mujeres para acceder a la educación calificada que dicha escuela brindaba, motivó que se adujera la violación de la enmienda XIV. El planteo tuvo éxito ante la Suprema Corte, ésta consideró que la lesión se había producido.

[...]

El tribunal sostuvo que quienes intenten defender una acción gubernamental que impone categorías, clasificaciones o exclusiones basadas en el sexo, deben demostrar una “justificación (de dicha acción) sumamente persuasiva”. Los actos gubernamentales (federales o estatales) no son compatibles con la “*Equal Protection Clause*” cuando una ley o una política oficial niega a la mujer, simplemente porque es mujer, un rango de plena ciudadanía, es decir la oportunidad —igual a la del hombre— para participar y contribuir al desarrollo social de acuerdo a sus talentos y a sus capacidades. Quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos. La justificación ha de ser “genuina” y no ha de basarse en indebidas generalizaciones sobre los diferentes talentos, capacidades o preferencias de hombres y mujeres. Las diferencias inherentes a hombres y mujeres siguen siendo causa de beneplácito —afirma la Corte—, pero no para denigrar a los miembros de alguno de estos sexos, o para establecer restricciones artificiales a las oportunidades de una persona.

[...]

El exigente estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en el sexo no convierte a aquéllas en una categoría totalmente proscripta; pero, sí significa que las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia [...]

[...]

En el fallo norteamericano se propone un estándar de escrutinio que, si no llega a ser tan estricto como el empleado para las clasificaciones basadas en la raza o la nacionalidad, es sumamente exigente (es revelador que el único juez que hizo disidencia lo encuentre indistinguible del “escrutinio estricto” aplicado para estas dos últimas clasificaciones: 518 U.S. 515, 596).

[...]

Aunque como hipótesis se aplicaran al caso “Monserrat” los criterios norteamericanos expuestos (nacidos en un marco normativo tan escueto como el de nuestro art. 16, Constitución Nacional), la solución sería la misma que la obtenida a la luz de la convención aprobada por la ley 23179. En efecto, los actores no han mostrado (y mucho menos, demostrado) cuál sería el imperioso interés público que aconsejaría excluir a las jóvenes de los beneficios de la educación que brinda el Monserrat, antes bien, dicho imperioso interés público consistiría en evitar dicha exclusión, con rapidez indeliberada, porque ella se apoya en un prejuicio que, como tal, no merece justificación alguna [...]

[...]

Que aun antes de la reforma constitucional de 1994 esta Corte no ha sido indiferente a las exigencias igualitarias entonces limitadas al art. 16 de la Constitución de 1853. En fallos: 287:42 (caso “Carballo y otros”), las actoras (cuarenta y dos empleadas de la Prefectura Nacional Marítima) atacaban como inconstitucional al decreto 7673/55, mediante el cual se las privó del estado policial que poseían, y se las incorporó al régimen del personal civil de las Fuerzas Armadas. El Tribunal resolvió que

[...] la discriminación que efectuó el decreto 7673/55, al negar al personal femenino la opción que sí acordó al masculino para mantener el estado policial, carece de base que la sustente; pues, si algo evidencian las constancias reseñadas, es que no existía razón valedera alguna que autorizara a suponer que el personal femenino, sólo por ser tal, se encontraba impedido para desempeñar sus funciones conservando aquel estado policial. Ello impone [...] el acogimiento del reparo constitucional que se formula en el “sub iudice” contra el decreto 7673/55, con invocación del art. 16 de la Ley Suprema.

[...]

Que lo expuesto evidencia que la Universidad Nacional de Córdoba, al disponer que las inscripciones en el Colegio Nacional de Monserrat se efectuarán sin distinción de sexo, no sólo ha actuado como órgano competente dentro de la esfera de sus atribuciones, sino que, más aún, ha removido un valladar discriminatorio —que hoy resulta moral y jurídicamente abominable— que impedía la plena participación de las jóvenes cordobesas en la vida educacional y cultural de su provincia. La Universidad Nacional de Córdoba ha exteriorizado, también, su voluntad de cumplir con las convenciones internacionales que obligan al país a integrar a la mujer en todos los aspectos de la vida social y a eliminar los obstáculos discriminatorios que se interpongan en ese camino.

[...]

Que no puedo cerrar estas consideraciones sin referirme a los denodados esfuerzos de los actores apelantes para demostrar que su demanda no es discriminatoria: “circunstancia esta” —dicen— “que a esta altura de los siglos todos los firmantes repugnamos” (fs. 60 del escrito de recurso extraordinario). Dichos esfuerzos me parecen vanos. Sus autores declaman su falta de intención discriminatoria; pero quedan petrificados en esa intención [...] pues, al mismo tiempo, con su postura obstaculizan la igualdad de los sexos en todo lo que tiene de creativo y de justo, y no sólo omiten tener en cuenta que el “ser” del hombre quizá se determine por el “ser” de la mujer, y viceversa (por lo que sería peligrosa la exclusión de cualquiera de los dos), sino también (aunque ni aun así se justificaría la exclusión) que la Argentina no tiene una plétora tal de talentos masculinos a su disposición como para que le convenga dejar sin educación, o a medio educar, a su población femenina. Los argumentos utilizados en su demanda, tanto los relativos a la incompetencia de la Universidad de Córdoba, cuanto los del conflicto de valores constitucionales entre el derecho de los padres a elegir la educación de los hijos y el de igualdad (ellos optan por privilegiar al primero), encubren el verdadero motivo, verdaderamente discriminatorio [...] que podría expresarse así: no dicen nada en contra de las mujeres; pero, no quieren que se integren en una educación conjunta con sus hijos varones.

La pretensión de los actores importa, pues, un agravio hacia las mujeres excluidas y, por lo mismo, no merece la tutela jurisdiccional por ser incompatible con la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente.

Cuestiones a debatir

Los tres fallos muestran cómo los jueces de la región han ido incorporando en los sistemas jurídicos latinoamericanos —cronológica y conceptualmente— la igualdad de la mujer. El primer tema abordado desde las primeras décadas del siglo XX hace referencia al desmonte de la incapacidad inherente de las mujeres; el segundo al de la incapacidad derivada del matrimonio, y el tercero concluye este proceso con la prohibición constitucional de la discriminación por razones de género.

Estos casos muestran también cambios significativos en la forma como los jueces construyen sus argumentos, desde la operación silogística pura, amparada en la pretendida neutralidad de la acción judicial presente en el fallo de 1929, hasta la evidente incorporación en las decisiones de argumentos políticos, sociológicos y éticos.

En el primer fallo, los principios generales del derecho, entre los que se encuentra la prohibición de interpretar las penas, excepciones y prohibiciones legales de manera analógica o extensiva, constituyen el argumento vencedor. En la Argentina de 1929, recoger argumentos sustantivos como los atributos

de ciudadanía, los derechos de igualdad ante la ley y demás principios que en la actualidad son pilares fundamentales de los Estados modernos, era visto como una extralimitación. La decisión del fallo no es a favor de la igualdad, sino acerca de los límites de la interpretación del derecho.

Es importante detenerse en la mención de la Cámara al lenguaje de la ley; su utilización del masculino en la gramática legal, para fundamentar la exclusión de la mujer del ejercicio de ciertas funciones. Este problema fue abordado en la jurisprudencia colombiana contemporánea de la Corte Constitucional, que falla sobre la demanda de inconstitucionalidad del artículo 33 del Código civil. Este artículo contenía la definición de las palabras relativas a las personas y establecía que

Las palabras hombre, persona, niño, adulto, y otras semejantes que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán que comprenden ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto se limiten manifiestamente a uno solo. Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda, y otras semejantes que designan el sexo femenino, no se aplicarán a otro sexo, a menos que expresamente la extienda la ley a él.

Al respecto dice la Corte:

[...] el empleo de expresiones genéricas usualmente orientadas a denotar un solo sexo —como lo es el vocablo “hombre” en su uso social— pero aplicadas en un sentido general, supuestamente abarcador de los dos sexos en definiciones jurídicamente relevantes, se cae en lo que la doctrina ha denominado “vocablos genéricos con trampa”, esto es, expresiones que parecen incluir a los dos sexos pero con frecuencia son excluyentes respecto de las mujeres.

[...] La definición contenida en el artículo 33 del Código civil es una definición hecha por contraste. No sólo emplea vocablos cuyo uso social únicamente hace referencia al varón y ordena entenderlos en un sentido general supuestamente abarcador de hombres y mujeres por igual, sino que cuando en el párrafo segundo indica que a *contrario sensu* “las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán a otro sexo, a menos que expresamente las extienda la ley a él”.⁴⁸

En el tercer fallo, la sentencia aborda un aspecto fundamental en la concepción constitucional de la igualdad. Se trata del denominado test de igualdad,

⁴⁸ Sentencia C-804 de 2006.

en el que los tribunales constitucionales definen las condiciones en las que es justificable el tratamiento desigual entre seres humanos basado en el sexo, la raza, el origen nacional u otras consideraciones similares. La Corte Suprema argentina importa en este fallo el denominado “escrutinio moderado” acogido por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ese tribunal adoptó en un examen de rigor intermedio, comparándolo con el estricto escrutinio que utiliza para las discriminaciones raciales, y estableció la exigencia de que si va a haber discriminación sexual ésta sirva para objetivos gubernamentales importantes.

En la región, la Corte Constitucional colombiana ha establecido el test de igualdad en los siguientes términos:

[...] la diferencia de trato basada en alguna de las connotaciones expuestas en el inciso primero del artículo 13 de la Carta relativo a la igualdad —sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica— está prohibida en principio, y que sólo si reúne determinadas condiciones será admisible. Para evaluar tales condiciones a este criterio prohibido lo califica de sospechoso, lo que impone al operador jurídico la aplicación de un test estricto de igualdad, a fin de determinar:

- (i) si el acto que propicia un trato diferente tiene una finalidad admisible por la Constitución y ésta es imperiosa;
- (ii) si el acto es útil e indispensable para alcanzar el fin propuesto; y,
- (iii) si el acto guarda proporcionalidad entre el beneficio obtenido y la afectación o perjuicio que causa en otros bienes jurídicos, ejercicio que abordará a continuación este escrito.⁴⁹

Preguntas

1. ¿Qué argumentos utiliza la Corte Suprema argentina para fallar a favor de la demandante? ¿De qué naturaleza son? ¿Por qué cree usted que el argumento de la igualdad no es utilizado en este caso por la Corte Suprema?

2. ¿Qué concepciones sobre la mujer y su capacidad subyacen en los argumentos usados por la Cámara de apelaciones a favor de la integración del derecho por vía analógica para extender la incapacidad de actuar como testigo a la de ejercer como escribano?

3. ¿Cuál sería el efecto práctico de adoptar la interpretación de la Corte colombiana sobre el artículo 33 del Código civil colombiano al término “escribano”, cuyo alcance en este caso se ha discutido?

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006.

4. ¿El argumento del uso del género masculino, para referirse a hombres y mujeres, tiene en este caso una consecuencia positiva o negativa para la mujer? ¿Por qué?

5. Además del argumento de la igualdad, ¿qué otros argumentos utiliza la Corte de Panamá para declarar la inconstitucionalidad del artículo 26 del Código de comercio? ¿Qué tipo de argumentos son? ¿Es admisible jurídicamente el argumento a favor del “desarrollo integral de la mujer” como una “forma eficiente de aprovechar la productividad total de los recursos de la región”?

6. ¿Qué razones encuentra usted para justificar la diferenciación entre situaciones que ameritan un test intermedio o moderado de igualdad —género— y aquellas que ameritan uno estricto —raza—?

7. En este caso se alega la existencia de un conflicto de valores constitucionales entre el derecho de los padres a elegir la educación de los hijos y el de igualdad. ¿Considera usted que se trata de un conflicto real o aparente? ¿Cómo lo resuelven las cortes argentina, estadounidense y colombiana? ¿Qué diferencia relevante encuentra entre los análisis de las tres cortes?

8. Enuncie los principios de interpretación del derecho a la igualdad —de las mujeres— que se desprenden de la jurisprudencia analizada como un conjunto.

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA REPARACIÓN

El concepto social de ciudadanía, tal como fue expresado, exige la integración no sólo legal de los grupos excluidos, sino también la real. El reconocimiento de los derechos que hacen a la ciudadanía social en América Latina encuentra su manifestación constitucional más relevante en los esfuerzos realizados por los jueces de la región, especialmente durante la década del noventa, para definir un concepto de igualdad sustancial e incorporar argumentos extrajurídicos en la aplicación del derecho, y así defender un espacio de acción estatal tendiente a asegurar la vigencia material y no sólo formal de los derechos.⁵⁰

Superar las desigualdades y la discriminación contra las mujeres supuso entonces ir más allá de las conquistas de la igualdad formal ante la ley y defender la constitucionalidad de normas que generan un tratamiento discriminatorio en favor de las mujeres cuando con ello se las compensa por la tradición excluyente. Estas decisiones han generado una vasta jurisprudencia que cobijan las denominadas acciones afirmativas. La acción afirmativa, o discriminación remedio, surgió en el debate constitucional estadounidense a raíz del respaldo dado por

⁵⁰ Este tema es tratado en profundidad por Rodolfo Arango, *Los derechos sociales*, Legis, Bogotá, 2005, y Víctor Abramovich y Christian Curtis, *Los derechos sociales*, Trotta, Madrid, 2006.

la Corte Suprema a los procedimientos especiales de admisión, basados en la raza, que adoptó la Universidad de California en la década del setenta.⁵¹

La extensión de estas acciones a las mujeres implicó acoger la constitucionalidad de regulaciones que discriminan en favor de ellas cuando con esto se las compensa por sus desventajas ancestrales. Estas decisiones y políticas han sido, sin embargo, muy criticadas por autores feministas y no feministas. Los primeros, por considerar que este tipo de programas puede perpetuar la inferioridad de las mujeres, o por exigir que se precise el significado de las compensaciones para no confundirlas con el tratamiento especial destinado a mujeres embarazadas o las diferencias basadas en características físicas. Los segundos, por considerar inaceptable el menoscabo que implican las acciones afirmativas de la idea moderna del mérito.

Los casos que se exponen a continuación ilustran la incorporación de este tema en la jurisprudencia regional, y muestran algunos de sus inconvenientes. El primer fallo es una sentencia de la Corte Constitucional colombiana, que define lo que es la igualdad material y su diferencia con la igualdad formal. El segundo expone la doctrina del Tribunal Constitucional de Perú cuando fija el alcance de las acciones afirmativas, y el tercero da cuenta de los límites de este tipo de acciones en el caso de las leyes de cuotas cuando se trata de nombramientos por concurso y mérito.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-410 de 1994

Problema jurídico

¿Cuál es el carácter y el alcance de la igualdad sustancial?

Hechos

El actor demanda la constitucionalidad de algunos artículos de la ley que crea el sistema de seguridad social integral por violar el artículo 13 de la Constitución⁵² cuando establece que para el acceso a la pensión de vejez y el disfrute de la pensión

⁵¹ Regents of the University of California v. Bakke, 438 265, 98 U.S. S. Ct. 2733, 57 L. Ed 2d. 750, 1978.

⁵² El artículo 13 de la Constitución: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familia, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

los requisitos de edad difieren según el sexo favoreciendo a las mujeres, a quienes se les exige menor edad que a los hombres.

Decisión de la Corte

La Corte falla en contra del actor: decide declarar todos los artículos en estudio exequibles —aclarando que son exequibles en lo relativo al cargo formulado—. Sus consideraciones se refieren, en primer lugar, a la diferencia entre igualdad formal e igualdad sustancial. Afirma que la igualdad sustancial tiene un carácter remedial, en defensa de personas y grupos en condiciones de inferioridad.

Extractos

[...]

Del cargo expuesto sin duda alguna se desprende que la situación planteada entraña un problema que debe resolverse dentro del ámbito de la igualdad, entendida en su doble connotación de principio constitucional y de derecho fundamental. Las notas relevantes que las controversias ligadas a la igualdad comportan, aparecen formuladas con nitidez; en primer término, se destaca el carácter relacional, pues el presente evento involucra a dos grupos identificables a partir de la pertenencia de sus integrantes a uno u otro sexo; en segundo lugar, se afirma la existencia de una evidente discriminación derivada del reconocimiento de un régimen jurídico más favorable a las mujeres, régimen que las coloca en mejor posición que la correspondiente a los hombres, y por último, se hace énfasis en la especial circunstancia de que el criterio diferenciador, que se encuentra en la base del tratamiento diverso, es uno de los que la Carta proscribiera expresamente. Así las cosas, para dilucidar si las normas, en los apartes cuestionados, contienen una discriminación injustificada por razón de sexo, se torna indispensable realizar una referencia a la igualdad y a las consecuencias que sobre ella proyectan las diferencias entre hombres y mujeres.

[...]

Igualdad formal y sustancial

La más simple aproximación al concepto de igualdad es suficiente para señalar que no responde a un sentido unívoco sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades de cada caso. Una perspectiva histórica permite detectar la aparición sucesiva de dos grandes logros sucesivos: la igualdad formal y la igualdad sustancial. La primera categoría constituye, en sus inicios, una de las más preciadas conquistas del Estado liberal clásico que reaccionó contra los privilegios propios del antiguo régimen, proclamando la similar posición de todos ante la ley, de modo que los destinatarios recibieran un trato idéntico en las normas y en su aplicación. Los ciudadanos resultan, dentro de esta concepción, receptores de unas mismas normas, sin que haya lugar a hacer excepción de personas; porque la ley

es universal, general, abstracta e impersonal, “la misma para todos tanto si protege como si castiga”, en términos del artículo 6º de la Declaración Francesa de 1789.
[...]

Sin embargo, la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos, hipótesis, esta última, que expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual. Cabe precisar que inicialmente la igualdad formal se cifraba tan sólo en los efectos de la ley, con absoluta prescindencia de los contenidos normativos, tendencia que fue dando paso a una interpretación que, conforme a los postulados del Estado social de derecho, prohíja la igualdad en el contenido de la ley, posibilitando de paso el control de constitucionalidad orientado a examinar la correspondencia de la actividad legislativa con la Constitución, referente superior que hace de la ley el medio normativo apropiado para la realización de los fines del Estado.
[...]

La igualdad sustancial alude al compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo del derecho. Las causas que subyacen a situaciones de esta índole tienen que ver, entre otros aspectos, con la escasez, con necesidades no satisfechas del ser humano, con fenómenos históricos de segregación y marginación o con injusticias del pasado que se pretende subsanar. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos.
[...]

Esa constatación de que ciertos individuos y grupos, pese a ser iguales ante la ley no lo son en la realidad, ejerce notable influjo sobre la misma norma que, en ocasiones, abandona las tradicionales características de generalidad, abstracción, universalidad y permanencia, tornándose específica, esto es, dirigida a sectores concretos de la población, o temporal, en cuanto agota sus efectos en un determinado lapso; todo con miras a elevar las condiciones sociales o económicas de sus particulares destinatarios.
[...]

Ahora bien: mientras que la igualdad ante la ley hace parte del conjunto de prerrogativas reconocidas por la mayoría de los regímenes constitucionales democráticos, a cuya organización jurídica se integra, la igualdad sustancial, consagrada en el Estatuto Superior de algunos Estados, se percibe apenas como un objetivo o finalidad del sistema político, que vincula los poderes públicos a la transformación del modelo de sociedad existente en otro ideal, más propicio a la satisfacción de las aspiraciones humanas en sus múltiples facetas.

[...]

Aun cuando la igualdad formal entre los sexos se ha incorporado progresivamente al ordenamiento jurídico colombiano, la igualdad sustancial todavía constituye una meta; así lo demuestra la subsistencia de realidades sociales desiguales. No se trata de ignorar el avance que supone la igualdad ante la ley; fuera de que su ausencia sería un enorme obstáculo para la elevación de las condiciones de la mujer, es preciso tener en cuenta que allana el camino hacia derroteros superiores pues permite recurrir a los órganos del Estado en procura de eliminar la discriminación y legítima, de ese modo, la demanda de efectivas oportunidades para ejercer derechos y desarrollar aptitudes sin cortapisas. No debe olvidarse que, en contacto con la idea de igualdad sustancial, la exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 13 de la Carta, no se detiene en la mera prohibición sino que abarca el propósito constitucional de terminar con la histórica situación de inferioridad padecida por la población femenina; esa decisión autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económico y social. Las medidas de protección, que implican especiales derogaciones de la igualdad formal, exigen la determinación de aquellos ámbitos especialmente vulnerables en los que deben operar; así pues, junto con la familia y el Estado, el empleo es uno de los espacios que ofrece más posibilidades para la discriminación por razones de sexo.

[...]

El principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos y en especial a la rama legislativa, cuya actuación queda entonces sometida a un control de constitucionalidad que debe tomar en cuenta la igualdad como parámetro para enjuiciar la correspondencia de las leyes con el Estatuto Superior. El legislador, en consecuencia, está obligado a observar el principio, de modo que las diferencias normativas por él establecidas encuentren un fundamento justificado y razonable y por otra parte, se orienten a la consecución de un fin constitucionalmente lícito. Empero, el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte, si bien comporta un tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas, implica, en un plano adicional, el otorgamiento de relevancia jurídica a las diferencias sociales de las mujeres para elevar su condición mediante la adopción de una medida compensatoria de las dificultades que enfrentan en virtud de su vinculación al mercado laboral; aspecto este último que se ubica dentro de la perspectiva de la igualdad sustancial que, acorde con los postulados del Estado social de derecho, no se detiene en la mera función de garantía o tutela sino que avanza hacia una función promocional que se realiza normalmente a través de medidas positivas en favor de grupos sociales discriminados o marginados. Proceder de manera neutral ante la realidad social entrañaría el desconocimiento de los valores, principios y fines que la Constitución consagra, abandonar la búsqueda de

una sociedad justa, respetuosa de la dignidad humana y vaciar de todo contenido las normas constitucionales que prohíben la discriminación de la mujer y que disponen su especial protección (arts. 43 y 53).

Corte Suprema de Justicia del Perú Inconstitucionalidad de la ley 28449

Problema jurídico

¿Es constitucional la discriminación a favor de la mujer si tiene como objetivo la búsqueda de la igualdad material?

Hechos

Demanda de inconstitucionalidad contra la ley 28449 que aplica nuevas reglas pensionarias previstas en el decreto ley N° 20530, cambia el cálculo de las nuevas pensiones discriminando entre hombres y mujeres de la siguiente manera: Artículo 5:

Las pensiones de cesantía e invalidez que se reconozcan a partir de la vigencia de la presente Ley se calcularán según las siguientes reglas: 1. Para los varones, las pensiones serán iguales a una treintava parte del promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en los doce últimos meses por cada año de servicios. 2. Para las mujeres, las pensiones serán iguales a una veinticincoava parte del promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en los doce últimos meses por cada año de servicios.

También exige, para la pensión de viudez, que el varón acredite incapacidad de subsistencia por sus propios medios y que carezca de sistema de seguridad social. Esta exigencia no se extiende a la mujer.

Decisión de la Corte

La Corte niega la demanda y confirma la constitucionalidad de las normas demandadas por constituir ejemplos de una legítima acción afirmativa a favor de las mujeres.

Extractos

[...]

La aplicación del principio de igualdad no excluye un tratamiento diferenciado y dicho principio no se vulnera siempre que la diferencia se base en razones objetivas.

[...]

Enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un

contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales.

[...]

Existe obligación del Estado de adoptar medidas —comúnmente legislativas— con la finalidad de compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; de esta manera, a través de tales medidas de “acción positiva” o de “discriminación inversa”.

[...]

Estas medidas se encuentran estrictamente orientadas, a través de disposiciones ponderadas, a favorecer al colectivo femenino, en el correcto entendido de que la realidad social aún impone concederles un mayor apoyo a efectos de asegurarles una vida acorde con el principio de dignidad.

[...]

La diferencia de trato que usualmente los regímenes previsionales han dispensado a los hombres y a las mujeres, *prima facie*, no debe ser enfocada desde la perspectiva formal del derecho a la igualdad en la ley, esto es, como la proscripción constitucional dirigida al legislador de introducir al ordenamiento diferencias de trato entre personas que se encuentran en situación sustancialmente análoga, sin base razonable o proporcional.

Por el contrario, la diferenciación aludida debe ser abordada bajo la directriz material o sustancial que informa al derecho a la igualdad, conforme a la cual existe obligación del Estado de adoptar medidas —comúnmente legislativas— con la finalidad de compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; de esta manera, a través de tales medidas de “acción positiva” o de “discriminación inversa”, el Estado busca, tal como se señala en el fundamento 11 de la Sentencia de los Expedientes N° 0001-2003-AI y 0002-2003-AI, “[...] revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”.

La concreción del derecho fundamental a la pensión corresponde a los operadores jurídicos, en tanto existe un consenso generalizado en nuestro tiempo de que la sanidad, la seguridad social, la salud, la vivienda, la educación y la cultura son necesidades básicas que deben ser satisfechas. Por ello, corresponde a los poderes públicos, ante la desigualdad, [...] promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean realizables y efectivas, y remover los obstáculos que impidan su

plenitud. Es un mandato para realizar la igualdad material, que obliga a los poderes públicos. No es un consejo y debe ser tenido siempre en cuenta por los operadores jurídicos.

[...]

El análisis de la razonabilidad de la aplicación de reglas de acción positiva se dificulta cuando éstas son tomadas en favor de colectivos y no de individuos. Sin embargo, un criterio de vital importancia que facilita el análisis es la presunción de exclusión social contra determinados colectivos derivada de las cláusulas específicas de no discriminación previstas en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución. Así, expresamente, dicho dispositivo proscribía la discriminación “[...] por motivo de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica”, dejando una cláusula abierta en manos del legislador y del intérprete jurisdiccional al agregar “[...] o de cualquier otra índole”.

Por lo tanto,

[...] las cláusulas específicas de no discriminación cumplen principalmente la función de proteger, endureciendo el juicio de igualdad, a determinados colectivos que, por su historia de subyugación y la minusvaloración social a la que se ven sometidos, no pertenecen al grupo dominante que participa, debate y crea las normas jurídicas.

Pero otra consecuencia que se deriva de dichas cláusulas “[...] se concreta en la convalidación constitucional de las medidas que utilizan dicho rasgo para favorecer a los colectivos socialmente perjudicados, es decir, las acciones positivas, siempre dentro de unos límites de proporcionalidad”.

En tal sentido, existe un amplio margen de presunción de constitucionalidad en las medidas que favorecen a los colectivos minoritarios [...] o socialmente postergados, que puedan considerarse dentro de estos criterios específicos. Por ejemplo, las mujeres, determinados grupos étnicos, religiosos, extranjeros, y otros de diversa naturaleza.

[...]

Si bien en años recientes ha existido un importante grado de incorporación de la mujer en tareas de orden social en las que nunca debió estar relegada (participación política, acceso a puestos laborales, oportunidades de educación, entre otras muchas), no puede considerarse que en la realidad peruana dicha tarea se encuentre consolidada. Buena parte de nuestra sociedad aún se nutre de patrones culturales patriarcales que relegan al colectivo femenino a un rol secundario, a pesar de encontrarse fuera de discusión sus idénticas capacidades en relación con el colectivo masculino para destacar en todo ámbito de la vida, sea político, social o económico. Los prejuicios y la idiosincracia [...] de un número significativo de ciudadanos

(conformado tanto por hombres como por mujeres) aún mantienen vigente la problemática de género en el país.

De ahí que el Tribunal Constitucional no pueda considerar inconstitucionales medidas que exigen algunos años menos de edad o de aportaciones a la mujer, para acceder a una pensión en un régimen previsional, o aquellas otras que establecen un sistema de cálculo relativamente más favorable a la mujer pensionista al momento de determinar el monto de su pensión. Queda claro que dichas medidas se encuentran estrictamente orientadas, a través de disposiciones ponderadas, a favorecer al colectivo femenino, en el correcto entendido de que la realidad social aún impone concederles un mayor apoyo a efectos de asegurarles una vida acorde con el principio de dignidad.

Y por este mismo motivo, el Tribunal Constitucional tampoco considera inconstitucional que el legislador no haya exigido que la viuda acredite la dependencia económica en la que se encuentra en relación con la pensión del causante. Resulta claro que ha partido de dicha presunción en base al dato de la realidad descrito supra. Consecuentemente se trata de una auténtica “acción positiva” en favor de la mujer.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵³ María Merciadri de Morini contra Argentina

Hechos

[...]

La peticionaria alegó que el partido político Unión Cívica Radical de la provincia de Córdoba había conformado, de común acuerdo entre sus dirigentes, la lista de seis candidatos a diputados nacionales para la elección del 3 de octubre de 1993, en la cual coloca en los puestos tercero y sexto a dos mujeres, sin tener en cuenta que el mencionado partido sólo renovaba a cinco diputados nacionales. Con esto se configuró la violación de la ley 24012, llamada Ley de Cupo, dictada el 6 de noviembre de 1991, la cual garantiza que un porcentaje mínimo del treinta por ciento (30%) de los cargos electivos de las listas de los partidos políticos debe ser cubierto por mujeres “en proporciones con posibilidades de resultar electas”. Por otra parte, el artículo 2 del decreto N° 379/93, que reglamenta la ley, detalla que “el treinta por ciento de los cargos a integrarse por mujeres, según lo prescrito por la ley 24012, debe interpretarse como una cantidad mínima. En los casos en que la aplicación matemática de este porcentaje determinara fracciones inferiores a la unidad, el concepto de cantidad mínima se regirá por la tabla que como anexo ‘A’ integra el presente decreto”, y el mencionado anexo dice: “cargos a renovar, cinco; cantidad mínima: dos”. Estas normas obligan a los partidos políticos al momento

⁵³ Informe N° 103/01 caso 11.307.

de confeccionar sus listas de candidatos y su incumplimiento acarrea su no oficialización. También se crea el derecho correlativo de los ciudadanos, investidos del derecho constitucional de sufragio, de votar por las listas de candidatos que estén integradas por mujeres en la forma que dicha norma establece.

Alegó que en su carácter de ciudadana afiliada a dicha agrupación política impugnó la lista ante la Junta Electoral, la cual fue rechazada al considerar “que la lista de candidatos surgió del consenso de todos los Núcleos del Partido, que acordaron una lista única”. Tras apelar dicha decisión, la justicia federal rechazó su solicitud y declaró que no tenía legitimación para actuar. La peticionaria apeló y la Cámara Federal Electoral también rechazó su legitimación para actuar al exigirle un interés propio. Considera que la lista del partido Unión Cívica Radical vulnera el derecho del sufragante de que haya igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y todo ciudadano elector tiene derecho a impugnarla sin que sea necesario que se trate de una persona perjudicada por el lugar que ocupe en la lista electoral. La clásica exigencia del derecho subjetivo violado o del interés concreto desconocido es incomprensible, sobre todo, a partir de la decisión del más alto tribunal de Argentina en el caso *Ekmekdjian c/Sofovich*. También cita el artículo 57 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos N° 23298, el cual reconoce la personalidad de los afiliados de los partidos políticos “cuando les hayan sido desconocidos los derechos otorgados por la Carta Orgánica y se encuentren agotadas las instancias partidarias”.

La peticionaria presentó el recurso extraordinario, el cual fue rechazado con fundamento en que la elección había tenido lugar el 3 de octubre de 1993 y la cuestión se había vuelto abstracta. Finalmente, interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el cual fue desestimado el 2 de diciembre de 1993 con el argumento de que “en las elecciones del 3 de octubre de 1993, la Unión Cívica Radical había obtenido un caudal de votos que le había consagrado cuatro diputados nacionales y en la causa se disputaba quién debía haber ocupado la quinta candidatura”. La peticionaria considera que la cuestión “no era abstracta” porque debe reconocerse el “derecho en expectativa”, bien “concreto”, en el caso de que se produjera una vacante entre los elegidos. Si se produce la vacante, ascendería un varón —el que está en el quinto lugar— y no una mujer. Por ello, debió haberse colocado a una mujer en el quinto puesto y a un hombre en el sexto lugar y que aún en el caso de cuatro cargos a renovar, deben elegirse dos mujeres, porque una sola mujer representa el 25%, inferior al cupo legal.

La peticionaria alegó que el Estado violó los artículos 8 y 25 de la Convención porque el tribunal de primera instancia había considerado que no tenía legitimación para actuar. Así mismo, consideró que al rechazar su demanda, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había violado el principio de igualdad protegido en el artículo 24, lo que implica a su vez un cercenamiento de los derechos políticos previstos en el artículo 23 de la Convención.

[...]

Solución amistosa

El Estado y los peticionarios suscribieron el acuerdo de solución amistosa, en cuyo texto se establece lo siguiente:

Entre el Estado argentino, representado por el Sr. Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, D. Adalberto Rodríguez Giavarini, por una parte, y la peticionaria en el Caso N° 11307, Dra. María Teresa Merciadri de Morini, por la otra, se celebra el siguiente acuerdo:

1. En el marco de la petición presentada por la Dra. Morini ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 15 de junio de 1994, alegando la violación de derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos 8 (garantías al debido proceso), 23 (derechos políticos), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (recursos efectivos), que tramita ante ese órgano y que fuera declarada admisible el 21 de septiembre de 1999 a través del Informe N° 102/99, las partes desean arribar a una solución amistosa en el marco de lo previsto en el artículo 48.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. A tal fin, el Presidente de la Nación, Dr. Fernando de la Rúa, ha dictado el 28 de diciembre de 2000, el decreto N° 1246 —cuya copia se anexa al presente—, por el que reglamenta la ley N° 24012 y deroga el decreto reglamentario N° 379/93.

3. El Estado argentino entiende que de esta forma contribuye a garantizar de manera concreta y eficaz la participación efectiva de las mujeres en las listas de candidatos/as a cargos electivos nacionales, afianzando los derechos reconocidos en la ley 24012 así como en el artículo 37 de la Constitución Nacional y en las normas concordantes de los tratados internacionales de derechos humanos de los que la República Argentina es parte.

[...]

14. El decreto N° 1246, dictado por el Presidente de la Rúa teniendo en cuenta tanto las normas de la Constitución Nacional como el proceso de solución amistosa en el presente caso, reglamenta la ley N° 24012 y deroga el decreto reglamentario anterior con el fin de garantizar el pleno cumplimiento de las disposiciones de dicha ley.

Corte Constitucional de Colombia **Sentencia C-371 de 2000**

Problema jurídico

¿Es constitucional el sistema de cuotas en los niveles decisorios de la administración pública? ¿Son compatibles las cuotas con el sistema de méritos en la administración pública? ¿Son aplicables a las listas elaboradas por los partidos políticos?

Hechos

El secretario general del Senado colombiano hace llegar a la Corte Constitucional el proyecto de Ley Estatutaria N° 62/98 Senado y N° 158/98 Cámara, por la cual se reglamenta la participación efectiva de la mujer en los niveles decisorios del poder público, estableciendo una cuota del 30% para estos cargos.

Decisión de la Corte

La Corte defendió la mayoría de los artículos de la Ley de Cuotas, incluyendo el que exige que las mujeres ocupen como mínimo el 30% de los cargos directivos en la rama ejecutiva, pero excluyó los cargos de carrera administrativa y judicial, los que se proveen por el sistema de ternas o listas y los cargos de elección. En el primer caso, consideró que el legislador no puede exigir que un porcentaje de los cargos de carrera administrativa se reserve a las mujeres, pues independientemente del sexo al que pertenecen los candidatos, quien debe ser elegido es el que obtenga el mejor puntaje. Sobre los empleos que se proveen de ternas o listas, su misma definición excluye un sistema de cuotas, porque de ser necesario el 30% se llega al extremo de que la inclusión del sexo masculino sólo sería formal. En lo referente a los cargos de elección popular, su exclusión obedece a los preceptos constitucionales, ya que el pueblo es libre de elegir a quien lo represente y una imposición como ésta alteraría el principio de soberanía popular. Finalmente declara inexecutable también el artículo que establece la cuota en las candidaturas de los partidos políticos, pues esto significaría una injerencia estatal en la organización interna de los partidos políticos, proscrita explícitamente por la Carta Política.

Extractos

[...]

Es frecuente argüir, en contra de acciones afirmativas como las que se consagran en el proyecto de ley estatutaria que se analiza, que lo que un ordenamiento igualitario debe garantizar es que las condiciones en el punto de partida sean equitativas. En otras palabras, que si el Estado ha de adoptar medidas positivas en favor de ciertos grupos para garantizar una igualdad de oportunidades real y efectiva, éstas sólo podrán dirigirse a remover obstáculos en las condiciones de salida pero no en las de llegada.

Se diría, entonces, en relación con el asunto que se debate, que si el legislador aspira a que la mujer ocupe cargos en los más altos niveles decisorios, lo importante, y en principio lo único permitido, es trazar e instrumentar políticas encaminadas a estimular el acceso de las mujeres a la educación superior y remover los obstáculos que pugnan con ese propósito. Que una vez alcanzada esa igualdad sustancial en el punto de partida, serán los méritos específicos de cada quien los que determinen la composición cuantitativa en el punto de llegada. Algo similar a la tesis darwiniana

de la supervivencia del más apto o el libre juego de las leyes del mercado en el campo económico, que no pueden ni deben —desde esas perspectivas— ser corregidas con medidas artificiales so pena de graves distorsiones en el campo de la naturaleza o en el ámbito de la sociedad.

Tal argumento, al margen de lo que acerca de las consecuencias éticas y políticas del darwinismo y del liberalismo económico pueda pensarse, pasa por alto un hecho insoslayable, verificable por la observación empírica y corroborado por las estadísticas, a saber: que la población capacitada para desempeñar cargos de alta responsabilidad política se encuentra (desde hace ya un buen tiempo) equitativamente distribuida entre hombres y mujeres y que incluso la balanza se inclina cada vez más a favor de las últimas.

Si a pesar de existir hoy igualdad en el punto de partida la situación en el punto de llegada sigue siendo inequitativa, es porque no son los méritos o no son sólo ellos los que determinan que las más altas responsabilidades del Estado estén mayoritariamente en manos de hombres.

Consciente de esa situación, el Constituyente de 1991 estableció en el último inciso del artículo 40: “Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”, en evidente armonía con el inciso 2º del artículo 13, que al disponer que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados” no prejuzga acerca de la fase en que dicha discriminación tiene lugar y, en consecuencia, legítima y más aún, hace obligatoria la acción de las autoridades públicas encaminada a corregir cualquier inequidad derivada de factores discriminatorios expresamente proscritos en la misma disposición.

Así pues, si lo que se busca es garantizar una igualdad de oportunidades real y efectiva, es necesario, entonces, remover obstáculos tanto en el punto de partida como en el de llegada.

[...]

Como ya se explicó, los cargos que se pretende proveer mediante el sistema de cuotas son cargos de libre nombramiento y remoción. Tales empleos son

[...] creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.

En la provisión de estos cargos, a diferencia de los de carrera, el nominador tiene libertad o discrecionalidad para designar a la persona que considere más idónea.

En relación con el Presidente de la República, esta facultad está expresamente reconocida en los numerales 1 y 13 del artículo 189 de la Constitución.

Ahora bien: aunque está implícita en la naturaleza de tales cargos la discrecionalidad del nominador, es claro que ella no es absoluta, pues necesariamente debe ejercerse de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales. Así, por ejemplo, las personas que deben ser designadas tienen que cumplir con ciertos requisitos, de manera que se garantice la eficacia y la eficiencia en la administración pública, y no por ello puede considerarse que se “desnaturaliza” la facultad de libre nombramiento y remoción o, como lo sugiere uno de los intervinientes, el principio democrático en el caso de que el nominador sea elegido popularmente.

Lo mismo sucede, entonces, en relación con las cuotas; si bien es cierto que la medida constituye una restricción al ámbito de la potestad de libre nombramiento y remoción, esta limitación es razonable y no es de tal naturaleza que afecte su núcleo esencial. En primer lugar, porque el nominador tiene un universo muy amplio de donde elegir, el 51% de la población y, en segundo lugar, porque tal límite se establece en función de una finalidad constitucional, como es la consignada en el artículo 40 de la Carta, a saber: garantizar en un Estado democrático, la participación equitativa de la mujer en el ejercicio del poder.

[...]

El hecho de que se establezca una regla de selección como la que aquí se estudia, no es sinónimo de que las personas elegidas no tienen que cumplir con los requisitos que la Constitución y la ley establecen para el desempeño de funciones públicas o, en otros términos, que las autoridades nominadoras tienen que elegir a cualquier mujer, sólo por el hecho de serlo. Por el contrario, está implícito en la norma que, si se trata de proveer cargos del “máximo nivel decisorio” y “de otros niveles decisorios”, las mujeres que resulten elegidas tienen que reunir los requisitos y méritos necesarios para desempeñarse en los empleos en cuestión; exigencia que, claro está, también se predica de los hombres.

[...]

La objeción expuesta, por ende, no puede ser aceptada, pero cabe señalar que le sirve a la Corte para confirmar que cultural y socialmente sí existe discriminación. Afirmar que en virtud de la cuota se antepone “el sexo al buen servicio” o presumir siquiera que las mujeres no pueden desempeñarse eficientemente en el sector público es, en últimas, considerarlas como inferiores, desprovistas de razón, relegadas al ámbito de “naturaleza”. Nada más contrario a la realidad y a los principios que defiende nuestro ordenamiento constitucional.

Los cargos de carrera

[...]

Es claro que para ingresar, permanecer y ascender a los cargos de carrera, el criterio esencial de selección es el mérito, tal y como se dispone en el artículo 125 C.P, el cual será calificado mediante un procedimiento reglado y, en principio, objetivo, que tiende a limitar la apreciación discrecional del nominador. Al ser el mérito o la capacidad de los aspirantes el factor decisivo en la selección, criterios como la raza, el sexo, o la filiación política no pueden tener incidencia. Por ello, esta Corte ha reiterado que la finalidad de la carrera administrativa no sólo es la de asegurar la eficiencia y eficacia de la administración pública en general y la estabilidad del trabajador en el empleo, sino también la de garantizar la igualdad de oportunidades en todas las etapas del proceso.

[...]

La excepción que se contempla en el artículo 5° del proyecto es, entonces, razonable. Mal podría el legislador exigir que un porcentaje de los cargos de carrera se reserve a las mujeres, pues independientemente del sexo al cual pertenecen los candidatos, quien debe ser elegido, es el que obtenga el mejor puntaje.

Los cargos que se proveen por el sistema de ternas o listas

[...]

De acuerdo con el artículo 5°, los nombramientos por el sistema de ternas y listas quedan excluidos de lo dispuesto en el artículo 4°. No obstante, en el artículo 6° el legislador consagra dos tipos de mecanismos para hacer efectiva la participación de la población femenina. Por un lado, exige que en la conformación de ternas se incluya el nombre de una mujer y que en las listas, hombres y mujeres estén incluidos en igual proporción. Por el otro lado, y exclusivamente en relación con los cargos a proveer por el sistema de listas, dispone que “quien haga la elección preferirá obligatoriamente en el nombramiento a las mujeres, hasta alcanzar los porcentajes establecidos en el artículo 4° de esta ley”.

Sin lugar a duda, la primera de estas medidas es razonable y proporcionada. Aceptada la cuota que se consagra en el artículo 4°, con mayor razón un mecanismo que simplemente exige incluir a las mujeres en ternas y listas, se ajusta a la Constitución. Es claro que, al igual que los demás mecanismos analizados, encuentra fundamento en los artículos 1, 2, 13, 40 y 43 de la Carta. No obstante, respecto de esta medida, vale la pena señalar que la Corte no comparte el criterio de algunos de los intervinientes, en el sentido de que la inclusión de mujeres en las listas y ternas es un “simple saludo a la bandera”. Si bien este mecanismo no es tan eficaz como la cuota, pues no hay garantía de que las mujeres serán elegidas, la experiencia internacional ha demostrado que una medida como la que se estudia, si se acompaña del respaldo y compromiso serio de las autoridades, ayuda a aumentar la participación de la mujer

en cargos de poder. Es el caso de Argentina y Paraguay, aunque debe advertirse que la obligación legal en dichos países se refiere a la inclusión de mujeres en las listas de candidatos para ocupar escaños en el Senado y en la Cámara de Diputados.

Lo anterior le permite sostener a la Corte que el mecanismo estudiado no es un simple requisito, sin mayores consecuencias. Pero se insiste en que su eficacia depende de un verdadero compromiso de las autoridades nominadoras por garantizar una participación equitativa entre hombres y mujeres, en el desempeño de los empleos en cuestión.

No obstante, con respecto de la obligación de incluir en las ternas a una mujer, deben hacerse las mismas observaciones que se hicieron en el fundamento N° 50 a propósito de la cuota, es decir, que no puede entenderse que el cumplimiento del requisito analizado es inexorable, cuando en la conformación de aquéllas concurren distintas personas o entidades.

[...]

Ahora bien: el segundo mecanismo que se consagra en el artículo 6° requiere un análisis más detenido, esto es, la obligación del nominador de elegir a las mujeres, hasta alcanzar un porcentaje mínimo de representación femenina del 30%.

Lo primero que debe advertir la Corte es que esta medida no es igual a la contemplada en el artículo 4° del proyecto, por varias razones: en primer lugar, porque a diferencia de los cargos de “máximo nivel decisorio” y de “otros niveles decisorios”, el ámbito de aplicación es más reducido. Mientras que la regla de selección del artículo 4° se aplica a un universo amplio de cargos, y para cumplir con ella el nominador puede escoger de entre múltiples mujeres las que considere más idóneas, los empleos que se proveen por el sistema de listas son unos pocos y necesariamente se deberá elegir a una de las personas que conforman la lista correspondiente. En segundo lugar, y en esto radica la diferencia fundamental, con la cuota que se consagra en el artículo 4° del proyecto se busca la promoción de la mujer, como grupo, sin que se sacrifiquen intereses individuales específicos. Por el contrario, según lo dispuesto en el aparte que se analiza del artículo 6°, se anticipa que determinados hombres, es decir, los que están incluidos en la lista, no obstante tener iguales calificaciones para acceder a los cargos en cuestión, quedan automáticamente excluidos, hasta tanto sean elegidas mujeres en una proporción mínima del 30%. Nótese, además, que los períodos de los cargos que se proveen mediante el sistema de lista son de ocho años, por lo que no es eventual que durante un tiempo bastante prolongado una persona del sexo masculino no tenga posibilidad alguna para acceder a dichos empleos. De acuerdo con lo anterior, es claro para la Corte que si bien la medida analizada persigue una finalidad constitucional y es adecuada, a diferencia de la que se consagra en el artículo 4°, no es necesaria ni proporcional *strictu sensu*, pues implica una carga excesiva para unos candidatos, individualmente considerados, que por el simple hecho de pertenecer al género masculino quedan por fuera de la elección.

Tal circunstancia, sin duda, resulta discriminatoria y, por ende, contraria al principio de igualdad. Pero además, ¿qué sentido tendría exigir que en las listas se incluyan hombres y mujeres, si los primeros no pueden ser tomados en cuenta? Sin duda alguna sería una inclusión superflua y meramente nominal. En este sentido, observa la Corte que el mecanismo estudiado también restringe de manera desproporcionada la facultad de libre nombramiento y remoción. Como ya se señaló, mientras que en la regla de selección que se contempla en el artículo 4°, el grupo dentro del cual se puede elegir es muy amplio, y existe cierta flexibilidad del nominador, en el evento analizado, de una lista conformada por un número limitado de hombres y mujeres, sólo se permite considerar al 50% de esos candidatos. Por ello, la Corte declarará inconstitucional la expresión “y quien haga la elección preferirá obligatoriamente en el nombramiento a las mujeres, hasta alcanzar los porcentajes establecidos en el artículo cuarto de esta ley”. Sin embargo, como esta Corporación entiende que la participación de la mujer en los cargos a los que se refiere el artículo 6° del proyecto es importante e imperiosa, exhorta, eso sí, a las autoridades nominadoras para que garanticen una participación de la mujer en condiciones equitativas.

[...]

En el artículo 14 del proyecto de ley estatutaria objeto de estudio se dispone lo siguiente:

El Gobierno deberá establecer y promover mecanismos que motiven a los partidos políticos a incrementar la participación de la mujer en la conformación y desarrollo de sus actividades; entre otras, se ocupará de los dirigidos a estimular una mayor afiliación de la mujer, la inclusión de éstas en no menos del treinta por ciento (30%) en los comités y órganos directivos de los partidos y movimientos. La presencia femenina de no menos del treinta por ciento (30%) en lugares en los que puedan salir electas en las listas de candidatos a las diferentes corporaciones y dignidades de elección popular.

Como bien lo señaló la Corte en la sentencia C-089 de 1994,

[...] los partidos políticos surgen como organizaciones cuya mediación entre los ciudadanos y el poder político contribuye a consolidar la democracia. En ellos se refleja el pluralismo político, y por su conducto, se promueve y encauza la participación de los ciudadanos y la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas.

Que las mujeres participen en los partidos, y en especial como miembros de sus órganos directivos o como candidatas para los cargos de elección popular, finalidad a la que apunta el artículo 14 del proyecto, es un objetivo altamente deseable en un

sistema democrático en el que se busca garantizar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

No obstante, dicha disposición, necesariamente, tiene que ser declarada inexecutable, pues en últimas se trata de una injerencia estatal en la organización interna de los partidos, que está proscrita por la Constitución. En efecto, son múltiples los preceptos constitucionales que reconocen el derecho a conformar y organizar libremente (sin injerencia alguna) partidos políticos (aunque claro está con observancia de las normas establecidas en la Constitución y en la ley estatutaria respectiva).

Así, el artículo 40 numeral 3° señala: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control político. Para hacer efectivo este derecho puede: [...]”

Construir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas”. Por su parte, el artículo 107 consagra: “Se garantiza a todos los nacionales el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse”. Y el artículo 108 prohíbe de manera contundente la intervención en la organización de los partidos y movimientos políticos. Dice este artículo: “[...] En ningún caso podrá la ley establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimientos políticos, ni obligar la afiliación de ellos para participar en las elecciones”. De lo anterior se sigue entonces que la determinación de cuáles han de ser las directivas de los partidos o los candidatos que deberán conformar las listas respectivas es un asunto que corresponde al principio de autonomía interna. Así parezca plausible el objetivo que se persigue en la norma estudiada, lo cierto es que con ella el Estado estaría interviniendo en una órbita que le está vedada por la Constitución.

Claro está que lo anterior no significa que los partidos y movimientos políticos colombianos no puedan adoptar medidas encaminadas a garantizar una mayor participación femenina, pero éstas no pueden proceder de una imposición del legislador. No sobra agregar que cuotas para la mujer tanto en los órganos directivos de los partidos como en la conformación de listas de candidatos han sido adoptadas con éxito en otros países, pero por regla general han tenido origen en la libre voluntad de quienes conforman tales organizaciones políticas.

[...]

Cuestiones a debatir

Primera cuestión a debatir

Los fallos de las cortes colombiana y peruana registran la adopción constitucional de la ideología liberal igualitaria que desde la década del setenta viene actualizando el pensamiento liberal para recoger gran parte de las críticas for-

muladas por el socialismo. La adopción constitucional de igualdad material o sustantiva, tal como es desarrollada por la Corte colombiana, no sólo expresa un salto teórico político mayor, sino un avance teórico-jurídico decisivo para la región. El juez, hasta hace pocas décadas confinado al mecanicismo, adquiere el inédito poder de evaluar los hechos y la realidad social. Debe entonces acudir a conceptos metajurídicos, pues los métodos lógicos y silogísticos son ya inoperantes. En efecto, revelar el significado del principio de igualdad material requiere valoración y no simple aplicación. Esa posición es defendida por la Corte colombiana cuando afirma que la igualdad sustancial tiene un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad. Y es afirmada por la Corte peruana cuando sostiene que las mujeres permanecen relegadas y sometidas a un esquema cultural patriarcal.

Segunda cuestión a debatir

Uno de los temas de mayor impacto de las acciones afirmativas es el de las leyes de cuotas.⁵⁴ En efecto, hacia la segunda mitad de la década del noventa, el debate sobre este tipo de leyes ubicó en la agenda política la cuestión de la subrepresentación política de las mujeres. La mayoría de las legislaciones de la región las ha incorporado⁵⁵ y sus resultados son variables. En Argentina, por ejemplo, para el período 2005-2007, la Cámara de Diputados quedó compuesta por un 35,8% de mujeres, un récord histórico desde la sanción de la Ley. En el mismo período, en la Cámara de Senadores, el porcentaje fue del 42,3%.⁵⁶ A diferencia de este exitoso caso, las mujeres electas para la Cámara de Diputados en Brasil, para el período 2003-2007, llegó a sólo el 8,19%.⁵⁷

Las leyes de cuotas se enfrentan a varios tipos de inconvenientes. Al lado de los obstáculos jurídicos y constitucionales que evidencia el fallo de la Corte colombiana, están los obstáculos prácticos derivados del desacato de las normas aprobadas que señala el caso argentino. De igual forma, la manera como se conforman las listas, o el régimen electoral vigente para la elección de congresistas —sea en distritos pequeños o grandes, si se usa algún sistema de representación

⁵⁴ Para un estudio completo de las leyes de cuotas en la región andina, ver Magdalena León, ed., *Nadando contra la corriente. Mujeres y cuotas políticas en los países andinos*, UNIFEM, Bogotá, 2005.

⁵⁵ En Argentina (1991), Bolivia (1997), Brasil (1997), México (1996), Panamá (1997), Perú (1997) y Venezuela (1998).

⁵⁶ Jutta Marx, Jutta Borner y Mariana Caminotti, *Las legisladoras. Cupos de género y política en Argentina y Brasil, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2007, pp. 85-87.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 102.

proporcional o mayoritario, si se vota por individuos o bloques de partidos, etcétera—, incide profundamente en los resultados de las cuotas políticas. En general, las mujeres obtienen mejores resultados en sistemas electorales proporcionales y grandes.⁵⁸

Los dos casos expuestos arriba ponen en evidencia un problema importante: la defensa de la esfera de libertad concedida a los partidos políticos en la elaboración de sus listas. Esta defensa, que encuentra apoyo explícito en la Corte Constitucional colombiana cuando declara inexecutable esa parte de la ley mediante la defensa de la autonomía de las asociaciones privadas, se ha expresado también, de manera implícita, en las prácticas concretas de los partidos políticos de la región que, a pesar de disponer de leyes de cupos que cobijan la conformación de las listas paritarias, han buscado mecanismos para dejarlas sin eficacia.

Desde una perspectiva sociológica, esta situación puede ser examinada de la misma forma como se ha explicado la escasa presencia de las mujeres en los partidos políticos en Europa. Las deficientes relaciones entre los partidos y los movimientos de mujeres, además de las características de la profesionalización de la política y su autonomía frente a otros campos de la vida social, pueden ayudar a comprender la impermeabilidad de la política frente a los cambios significativos en el rol de las mujeres en la región.⁵⁹

De otra parte, el éxito de las cuotas para las mujeres puede ser examinado desde varias perspectivas. Por un lado, desde la perspectiva numérica, esto es, partiendo de la cantidad de mujeres que fueron elegidas bajo la nueva norma. Por otro, desde la preocupación por la representación sustantiva de los intereses de las mujeres en los ámbitos de poder. Muchas mujeres activistas, de hecho, defendían las cuotas porque consideraban que una mayor presencia femenina mejoraría la representación de los asuntos de género e incrementaría las posibilidades de que se llevaran a cabo políticas directamente relacionadas con los intereses de las mujeres. Sin embargo, inclusión no necesariamente implica representación.⁶⁰ Según la experiencia de los países latinoamericanos, hay con-

⁵⁸ Mala Htun, “Democracia e inclusión política: la región andina en perspectiva comparada”, en Magdalena León, *Nadando contra la corriente. Mujeres y cuotas políticas en los países andinos*, op. cit., p. 55.

⁵⁹ Ver Catherine Achin y Sandrine Lévêque, *Femmes en politique*, La Découverte, Paris, 2006, p. 77.

⁶⁰ Esta distinción parte de una conceptualización más compleja. Según Mala Htun: “Esta distinción corresponde a las dos dimensiones del concepto de representación descrito por Hanna Pitkin en su estudio clásico *The Concept of Representation* (1967). Por un lado, la representación puede ser entendida como ‘standing for’, en donde la presencia es lo más importante desde un sentido descriptivo o simbólico. Los legisladores representan descriptivamente a sus electores cuando tienen rasgos físicos similares, comparten sus experiencias, y sirven como símbolos que

senso en que el éxito se medirá si se logran las siguientes condiciones: primero, las cuotas deben ser obligatorias; segundo, deben especificar reglas de posición en determinados lugares de la lista, por ejemplo, para que no se ubique a las mujeres en el último lugar y, tercero, deben ser ejecutables: los partidos políticos deben estar sujetos a la posibilidad de perder sus bancas en el Congreso.⁶¹

Preguntas

1. ¿Qué argumentos jurídicos encuentra usted a favor de una nula discriminación por razones de sexo? ¿Qué tipo de argumentos son? ¿Qué argumentos justifican el que se hagan excepciones al principio de la no discriminación por razones de sexo? ¿Qué tipo de argumentos son?

2. Tomando como base el razonamiento de la Corte colombiana expresado parcialmente en los extractos, ¿cómo completaría usted el argumento que justifica la diferencia de edad a favor de la mujer en la ley de pensiones?

3. ¿Qué función cumple el derecho en relación con la igualdad formal y la igualdad sustancial? ¿Cumple la misma función en los dos casos? ¿Por qué? ¿Cuáles son los alcances y límites del derecho para promover la igualdad sustancial de los ciudadanos?

4. ¿Cómo se justifica en este caso la discriminación del “colectivo femenino” por parte del Tribunal Constitucional de Perú?

5. ¿Concuerda con la solución amistosa facilitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Estado argentino? ¿Cree que da una solución definitiva a problemas de este tipo?

6. ¿Qué argumentos encuentra usted para apoyar a la Corte colombiana en la restricción de las leyes de cupos y su exclusión de los cargos de elección popular?

7. ¿Cómo se armonizan el sistema de méritos y la discriminación positiva a favor de las mujeres?

8. ¿Existe una contradicción entre la exigencia de garantizar la igualdad en los puntos de entrada y de salida que justifica la discriminación en los cargos de libre nombramiento y el argumento, basado en el mérito, que se plantea para no hacer ninguna discriminación en el caso de los cargos de carrera?

evocan ciertas emociones y actitudes. Por otro lado, la representación es actuar en favor de, o en términos de Pitkin, ‘action for’, que supone que los legisladores deben ejercer su función ‘representativa al promover activamente los intereses de los ciudadanos que los eligieron’”. Mala Htun, “Democracia e inclusión política: la región andina en perspectiva comparada”, *op. cit.*, p. 33.

⁶¹ Peter Smith, *Democracy in Latin America. Political Change in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 252.

C. TERCER PROBLEMA: LA EMANCIPACIÓN

Como se explicó atrás, el feminismo radical no cree que la idea de igualdad —formal o sustantiva— que profesa el liberalismo sea idónea para resolver el problema de la subordinación. Más que una lucha por la igualdad, en este caso se trata de luchar contra las jerarquías. El feminismo radical se concentra en la opresión sexual, laboral, en la dependencia económica, en el acceso deficiente a la educación y en todos los aspectos en los que se expresa el patriarcado. La mayor exponente de esta perspectiva es Catharine MacKinnon, para quien

La sexualidad es al feminismo lo que el trabajo es al marxismo: lo más propio de cada uno, pero también lo más robado. La teoría marxista afirma que la sociedad se construye fundamentalmente con las relaciones de las personas que hacen y fabrican cosas necesarias para vivir con dignidad. El trabajo es el proceso social de dar forma y transformar el mundo material y el social, de crear personas que sean seres sociales a medida que crean valor. Es esa actividad por la cual la gente se convierte en lo que es. La clase es su estructura, la producción su consecuencia, el capital una forma quieta y el control su lucha.

Implícito en la teoría feminista hay un argumento paralelo: la formación, dirección y expresión de la sexualidad organizan la sociedad en dos sexos: mujeres y hombres. Esa división se encuentra en la totalidad de las relaciones sociales. La sexualidad es el proceso social por el que se crean, organizan, expresan y dirigen las relaciones sociales de género creando los seres sociales a los que llamamos mujeres y hombres, a medida que sus relaciones crean la sociedad. Igual que el trabajo en el marxismo, la sexualidad en el feminismo se ha construido socialmente [...] Igual que la expropiación organizada del trabajo de algunos en beneficio de otros define una clase, la de los trabajadores, la expropiación organizada de la sexualidad de unos en beneficio de otros define un sexo, la mujer.⁶²

Desde el punto de vista de la teoría de la dominación, los avances de la región en términos de superación de rasgos patriarcales se han expresado sobre todo en el terreno del derecho penal y laboral. Sus manifestaciones en la legislación y en la jurisprudencia regionales se trabajarán en los capítulos “Violencia” y “Trabajo”. En este capítulo señalo los avances de la doctrina constitucional en cuanto a la desregulación de las relaciones privadas de dominación, aspecto en el que se ha basado la subordinación femenina.

⁶² Catharine MacKinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Universitat de Valencia, Valencia, 1995, pp. 23-24.

En efecto, la separación de las esferas privada y pública, y la remisión de las mujeres a esta última, como se anotó en la introducción de este capítulo, ha sido un tema central en la crítica del feminismo al liberalismo. Las consecuencias en términos de la desprotección del espacio privado —la familia— ha sido ampliamente documentado en la teoría feminista.⁶³

Un problema esencial del liberalismo, según el feminismo, es la defensa del principio de neutralidad que condujo a que el Estado se abstuviera de intervenir en espacios en los que la dominación y la violencia son habituales. Especialmente en su vertiente radical, el feminismo subraya que la concentración de poder en manos privadas y la violencia ejercida en el ámbito íntimo son los responsables de la imposibilidad de alcanzar un mundo social más igualitario.

La intervención estatal para proteger las relaciones privadas y la definición del alcance de la autonomía en este espacio son, por esta razón, un aporte significativo de la jurisprudencia regional. Las normas penales, laborales y civiles eliminaron acciones y omisiones que expresaban groseros modelos patriarcales; la integridad del cuerpo femenino es hoy ampliamente protegida por la ley, y el hogar dejó de ser visto como un espacio sagrado y pasó a ser registrado como un lugar en el que, con temible insistencia, imperan la violencia y la coerción.⁶⁴

Este aspecto en particular es tratado en los capítulos “Violencia” y “Familia”, de ahí que no me detenga en él. Sin embargo, presento un fallo de alcance más abarcador que se centra en la subordinación en las relaciones contractuales privadas y se pronuncia sobre la capacidad del Estado liberal de interferir para proteger los derechos fundamentales en este tipo de casos. La actora reúne las características de los individuos que padecen lo que se ha denominado “múltiples formas de discriminación”,⁶⁵ es decir, las características que la hacen críticamente vulnerable: el género, la raza y la pobreza.

⁶³ Ver en particular Martha Alberston Fineman y Roxanne Mykitiuk, eds., *The Public Nature of Private Violence*, Routledge, New York, 1994.

⁶⁴ Nancy Fraser considera que la familia nuclear “es el lugar del cálculo egocéntrico, estratégico e instrumental, así como el lugar de intercambios, generalmente explotadores, de servicios, trabajo, dinero y sexo, por no mencionar que, frecuentemente es lugar de coerción y violencia”. Nancy Fraser, “¿Qué tiene de crítica la teoría crítica?”, en *Teoría feminista y teoría crítica*, Ediciones Alfons el Magnanim, Valencia, 1990, p. 61.

⁶⁵ Deborah King, “Multiple Jeopardy, Multiple Consciousness”, *Signs* 14, N° 1, 1998.

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-1042 de 2001

Problemas jurídicos

¿Se considera acto de discriminación contrario a la Constitución la exclusión de alguien del acceso a un bien o servicio con base exclusivamente en su estatus social? ¿Cuál es la diferencia entre la subordinación y la indefensión? ¿Hay protección constitucional de derechos en las relaciones privadas?

Hechos

La señora Calderón interpuso acción de tutela contra el gerente general del edificio en el que trabajaba por la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. En el edificio operaba un ascensor destinado a los empleados; éstos debían abstenerse de usar los ascensores de uso exclusivo de residentes, visitantes y turistas. Con ocasión del daño del ascensor de los empleados, la señora Calderón se vio obligada a subir a pie los veintidós pisos hasta el apartamento del señor García Martínez, donde trabajaba como empleada del servicio doméstico. El Juzgado Segundo Penal Municipal de Cartagena ordenó al demandado que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo tomara las medidas necesarias para que en lo sucesivo no se diera un trato discriminatorio a la accionante y se le permitiera el uso de los ascensores de huéspedes y propietarios cuando el elevador destinado a los empleados se encontrara fuera de servicio.

Decisión de la Corte

La Corte concluye que la diferenciación basada exclusivamente en la condición de empleados o trabajadores del servicio doméstico para prohibir el uso de ciertos ascensores de una copropiedad constituye un acto discriminatorio en razón del estatus social de una persona; se vulneran los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la igualdad de estos empleados.

Extractos

[...]

Respecto de la diferencia entre subordinación e indefensión, la Corte ha precisado el alcance de ambas instituciones. Mientras que la relación de subordinación es vista como una situación normativa, la relación de indefensión tiene naturaleza fáctica. Al respecto ha dicho la Corte:

Entiende esta Corte que la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del

establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate [...]

Derechos fundamentales entre particulares: los llamados efectos horizontales de los derechos fundamentales

[...]

El criterio por excelencia que ha primado en la doctrina y en la jurisprudencia constitucionales a la hora de admitir el examen constitucional de actuaciones particulares respecto de su respeto a los derechos fundamentales es la existencia de una clara relación asimétrica de poder entre los particulares, relación que de entrada descarta, limita o elimina la autonomía de la persona y justifica una intervención estatal para evitar el envilecimiento, la instrumentalización absoluta o la degradación del ser humano. Así, de cara a las relaciones contractuales, comerciales o de ejercicio pleno de la autonomía individual, la Corte ha sostenido que, en principio, no es pertinente otorgar la protección constitucional de los derechos fundamentales. En cambio, en el caso de relaciones particulares, en las que se presentan relaciones de subordinación o de indefensión —como es el caso en materia laboral, pensional, médica, de ejercicio de poder informático, de copropiedad, de asociación gremial deportiva o de transporte o religiosa, de violencia familiar o supremacía social—, la jurisprudencia constitucional, siguiendo los parámetros que la propia Constitución establece, ha intervenido para, en dichas situaciones, dejar a salvo la efectividad de los derechos fundamentales.

En la medida en que, derivada de su mayor poder, un particular tiene por ejemplo la capacidad de imponerle al otro unas reglas de juego, de tomar decisiones unilaterales que generan unas consecuencias de profundo impacto sobre el destinatario pasivo de las mismas, o de calificar, caracterizar o definir la situación de otro particular con las implicaciones perjudiciales o benéficas que de ello se derivan, no es posible estrictamente hablar de horizontalidad en las relaciones entre particulares. En estas condiciones de marcada asimetría de poder, dicha relación se asemeja más a la de tipo vertical entre los ciudadanos y el Estado, que a la de tipo horizontal que existe, por ejemplo, entre dos comerciantes. Así lo reconoció expresamente el legislador al desarrollar el inciso último del artículo 86 de la Carta. En lo que respecta al presente caso, cabe destacar dos numerales del artículo 42 del decreto 2591 de 1991. El numeral cuarto reconoce que la organización aumenta el poder privado, lo cual puede manifestarse en relaciones verticales entre particulares. El numeral quinto prevé la hipótesis extrema de ejercicio de poder privado sobre un particular,

al margen de la existencia de una organización, como resultado de profundas desigualdades económicas y sociales: se trata no sólo de la esclavitud, sino también de la servidumbre. En la trata de seres humanos, se conjuga obviamente el poder que surge de la organización y las hondas desigualdades socioeconómicas.

[...]

En el presente caso es claro que en las relaciones entre copropietarios y la administración de la copropiedad —como órgano ejecutor de las políticas trazadas por la asamblea de copropietarios—, o entre los empleados de aquéllos y los administradores, prima, en principio, la autonomía de la voluntad privada. No obstante, dado que existe una relación asimétrica entre los órganos asamblearios y de administración, y los trabajadores del conjunto habitacional, relación por la cual estos últimos están sujetos o subordinados al poder regulador de los primeros, la vigencia de los derechos fundamentales en dicha relación queda abierta al escrutinio constitucional en aras de impedir el ejercicio arbitrario del poder privado sobre la persona.

Igualdad y no-discriminación

[...]

En las relaciones privadas, la exigibilidad del respeto al principio de igualdad tiene sus límites en la autonomía, el pluralismo y la diversidad cultural. Es así como el Estado no podría imponer el respeto del derecho a la igualdad a una asociación de personas que decide explícitamente excluir como potenciales socios a personas de otro origen —sociedad de nacionales— o con determinadas características —convicciones políticas, morales o religiosas—. Colegios sólo para mujeres, organizaciones sólo para miembros de una confesión religiosa, conjuntos residenciales sólo para personas de la tercera edad, tendrían como fundamento constitucional el derecho a la autonomía y la garantía del pluralismo. Ahora bien, lo que vale para las relaciones de autodeterminación privada por excelencia, como es el ejercicio de la libre asociación, no vale para situaciones de subordinación o indefensión. En estas situaciones, lo que era visto como una diferenciación legítima dentro de las preferencias individuales o grupales, es observado ahora como potencial discriminación o acto discriminatorio susceptible de control constitucional.

La Corte, en su jurisprudencia, parte de los siguientes conceptos de discriminación y de acto discriminatorio:

La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable.

La discriminación es un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica.

[...]

El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende —consciente o inconscientemente— anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.

Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona.

Se tiene entonces que para que exista un acto de discriminación se requiere, además del trato desigual, el que dicho trato sea injustificado, esto es, carente de razonabilidad y causante de un perjuicio, sea porque genere un daño, cree una carga, excluya a alguien del acceso a un bien o servicio de uso común o público, retenga o quite un beneficio.

[...]

En este caso es claro que una diferenciación por razón del estatus carece de fundamento constitucional y lesiona el valor de la dignidad humana, ya que estigmatiza como de inferior jerarquía a determinadas personas y los excluye del acceso al goce de determinados bienes o servicios comunales. No permitir a los trabajadores el uso de cualquier ascensor de un edificio residencial, cuando éstos no transportan objetos que exijan la utilización de un ascensor destinado a la carga, por el simple hecho de su condición de empleados, es discriminar por razones de estatus u oficio. Esto puede ser aceptable en una sociedad de castas, pero no en una sociedad democrática fundada en los valores del humanismo, entre ellos la libertad, la igualdad y la dignidad del ser humano. No debe olvidarse que tanto la Constitución Nacional (art. 17) como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 4) y los tratados internacionales (art. 8 num. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 6 num. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”) condenan la servidumbre como práctica contraria a la dignidad y a los derechos humanos. Actos de exclusión en el uso de bienes o servicios comunales contra trabajadores del servicio doméstico —por lo general mujeres campesinas, indígenas o de color— rememoran épocas de servidumbre en las que las personas se colocan íntegramente al servicio de la voluntad de otros a cambio

de lo indispensable para sobrevivir. Diferenciar a las personas para efectos del uso de los bienes comunales con fundamento exclusivo en factores personales como su condición social, en este caso ser trabajadores o empleados domésticos, es un acto discriminatorio que viola el derecho a la igualdad y que refuerza los estereotipos y prejuicios sociales respecto de quienes desempeñan las labores domésticas.

[...]

La administración del edificio El Conquistador no sólo vulnera los derechos fundamentales de la petente cuando le impide utilizar los ascensores principales estando fuera de funcionamiento el ascensor destinado a los trabajadores, y la compele con ello a subir veintidós pisos a pie hasta el apartamento de su patrono pese a su enfermedad, sino que también vulnera el derecho fundamental a la igualdad por el simple hecho de prohibirle el uso de todos los ascensores como cualquier ser humano igualmente digno.

[...]

Cuestiones a debatir

El debate sobre los efectos horizontales de los derechos humanos que trae la sentencia colombiana expresa uno de los aspectos más relevantes de la transformación del Estado y el derecho contemporáneos. ¿Qué es lo privado?, ¿cuándo debe el Estado intervenir en ese espacio para hacer prevalecer los derechos fundamentales? La respuesta de la Corte es doble: las relaciones laborales son relaciones privadas en las que rige la subordinación, que es un tema normativo. La indefensión, sin embargo, tiene un carácter fáctico. Esta diferenciación, en especial la afirmación del carácter fáctico de la indefensión, promete dotar de herramientas a los jueces para evaluar las situaciones en las que las mujeres y las minorías sexuales y raciales están desprotegidas por el principio de neutralidad estatal en las relaciones privadas aún vigente.

De otra parte, el caso presentado evoca un aspecto que genera amplias controversias en el feminismo y que será tratado en el punto II: las múltiples identidades de las mujeres y el peso que tiene en sus vidas la dominación que no es particularmente sexual. La señora Calderón no sólo es mujer, también es indígena y trabajadora. ¿Cuál es la dimensión más problemática de sus circunstancias vitales? ¿Su condición de mujer, de empleada doméstica o de minoría racial?

Preguntas

1. ¿Qué fundamenta el hecho de que en las relaciones entre particulares, como regla general, no se dé protección constitucional a los derechos fundamentales?

2. ¿De qué manera la indefensión y la subordinación justifican la intervención del Estado cuando de proteger los derechos constitucionales fundamentales se trata?

3. ¿Cómo interpreta usted que la desregulación de las relaciones privadas de dominación haya mantenido la subordinación femenina a lo largo de la historia? ¿Cómo se ejemplifica esa situación en el presente caso?

II. LA CIUDADANÍA COMO PERTENENCIA: IDENTIDAD Y CULTURA

El movimiento feminista, al inicio del siglo XXI, se concentra en la tarea de elaborar una teoría capaz de abarcar a todas las mujeres. Las diferencias, ya no entre mujeres y hombres, sino entre las mismas mujeres, son el punto partida de un nuevo grupo de ideas que reaccionan y rechazan el feminismo anterior: liberal o radical, porque lo consideran esencialista, es decir, por proyectar a las mujeres y a los hombres capacidades o atributos que son histórica y culturalmente adquiridos, y al hacerlo privilegiar el punto de vista de las mujeres blancas, heterosexuales y de clase media. A ese feminismo se le reprocha el haber asumido la existencia de una experiencia femenina independiente de la clase, la raza o la orientación sexual.⁶⁶ La mujer del feminismo tradicional, afirman, dista mucho de las mujeres concretas. Al silenciar las diferencias entre las mujeres, el movimiento feminista habría ocultado también la dominación por razones diferentes al género y las formas de subordinación de que son objeto, por ejemplo, las mujeres pobres, de color, extranjeras y lesbianas. En contra de la generalización de experiencias —de la de la subordinación sexual, por ejemplo—, el feminismo negro⁶⁷ afirma que la violación es una experiencia mucho más compleja para las mujeres negras que para las blancas y su origen depende más del color que del género.

Para el feminismo postmoderno,⁶⁸ que eleva gran parte de estas críticas, el género se construye socialmente a través de prácticas y discursos sociales y políticos. A la manera del actor que representa un papel en una obra cuyo guión lo precede y lo sobrevive, los sujetos desarrollan un papel de género que

⁶⁶ Peter Digeser, “Performativity Trouble: Postmodern Feminism and Essential Subjects”, *Political Research Quarterly*, vol. 47, N° 3, septiembre de 1994.

⁶⁷ Ver, entre otros, Kimberlé Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso: transformación y legitimación del derecho contra la discriminación”, en Mauricio García, ed., *Crítica jurídica*, Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, y Angela P. Harris, “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, *Stanford Law Review*, vol. 42, 1990.

⁶⁸ Ver especialmente Judith Butler, *Gender Trouble*, Routledge, New York, 1990. Edición castellana, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, México D.F., 2001.

es independiente de su sexo biológico. Así ocurre con las demás identidades. Supone que las identidades colectivas son ficciones y cree que los términos de identidad politizados, como “las mujeres”, son necesariamente excluyentes y sólo pueden ser contruidos a partir de la represión de la diferencia.

Por estas razones no se trata ahora de descubrir cuál es la esencia de lo femenino y sus diferencias con lo masculino, sino de revelar la forma como los diferentes discursos construyen una idea de lo femenino y cómo hacen de las diferencias basadas en el sexo diferencias relevantes y mecanismos de subordinación.⁶⁹ En este sentido, el análisis del derecho como discurso que fija identidades, y en este caso la identidad femenina, es el tema que aquí interesa.

De otra parte, este momento del pensamiento feminista coincide con las teorías de la ciudadanía descritas atrás, especialmente en su aspecto multicultural. La ciudadanía multicultural pretende que el vínculo entre el ciudadano y la comunidad no sea neutral y dé cuenta de las diferencias desatendidas por la concepción universal de la ciudadanía. Por su parte, el feminismo que le es afín propugna por una idea de identidad que, sin caer de nuevo en el tan criticado esencialismo, permita a las mujeres identificarse y constituir la ciudadanía diferenciada.⁷⁰

En este aparte se estudiarán estos dos temas. El derecho será abordado como discurso que fija identidades y el conflicto derivado del enfrentamiento entre una concepción universal de los derechos y la adopción constitucional del reconocimiento cultural.

A. PRIMER PROBLEMA: LA IDENTIDAD

Desde el punto de vista de la identidad, el derecho, la política y sus categorías claves, como la ciudadanía, han sido denunciados por su incapacidad para concebir un sujeto no determinado por el género. Por eso se ha considerado crucial analizarlos como procesos de producción de identidades fijas y no como la aplicación de normas a sujetos ya sexuados.⁷¹

Desde el punto de vista del derecho penal, para aludir a un campo característico, el feminismo afirma que la acción del derecho sobre la identidad y el rol de las mujeres es múltiple. Según Alessandro Baratta, opera mediante la

⁶⁹ C. Mouffe, “Feminism, Citizenship and Radical Feminist Politics”, *op. cit.*

⁷⁰ Ver Iris Marion Young, “Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”, *op. cit.*

⁷¹ Carol Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en Haydée Birgin, comp., *El derecho en el género y el género en el derecho*, Biblos, Buenos Aires, 2000.

criminalización primaria⁷² cuando los hechos que cometen las mujeres tienen una relevancia especial y no pueden ser controlados por el patriarcado privado. Los ejemplos típicos son el aborto, el infanticidio y el abandono de menores. También lo hace mediante la selectividad negativa, creando sistemas de inmunidad para los hombres. La inmunidad opera de dos maneras: las mujeres son víctimas de una violencia no penalizada, o penalizada con reservas —los casos de violencia sexual y física, sobre todo entre cónyuges, son el mejor ejemplo—, o las formas de violencia penalizadas ofenden valores objetivos y abstractos y no bienes jurídicos concretos, como la caracterización aún vigente de los delitos contra la libertad sexual como delitos contra el honor o contra el orden familiar.⁷³ De igual forma, el derecho define a la mujer en términos abstractos cuando la asimila a los menores o a los ancianos, o les impone un modelo de conducta cuando sólo las “mujeres honestas” resultan ser beneficiarias de ciertas prerrogativas.⁷⁴

Estos temas son trabajados en buena parte en los capítulos “Violencia”, “Salud” y “Familia” de este libro. En este espacio abordaré dos fallos en los que la capacidad clasificatoria del derecho en la definición de identidades y roles es manifiesta.

Corte Suprema de Justicia de El Salvador
Sala de lo Constitucional
Inconstitucionalidad del artículo 196 del Código penal
10 de septiembre de 1990

Problema jurídico

¿Sancionar con penas más leves la violación a una mujer prostituta viola el principio de igualdad constitucional?

⁷² Ver Alessandro Baratta, “El paradigma del género, de la cuestión criminal a la cuestión humana”, en Haydée Birgin, *El derecho en el género y el género en el derecho*, op. cit.

⁷³ Ver el caso particular de Guatemala en María del Rosario Velásquez e Hilda Morales, “El derecho penal en Guatemala: una deuda pendiente”, en Luisa Cabal y Cristina Motta, eds., *Más allá del derecho*, Siglo del Hombre Editores, Center of Reproductive Rights y CESO, Bogotá, 2006.

⁷⁴ En Argentina, por ejemplo, además del extenso cuerpo de normas que regulaba los delitos sexuales antes de 1999, y que en forma consistente sólo protegía a la mujer honesta, subsisten en la legislación vigente estas definiciones: “cuando la prisión no excediere de seis meses podrán ser retenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de 60 años o valetudinarias”.

Hechos

Una mujer promovió la inconstitucionalidad del artículo 196 del Código penal que establece que dentro de los “delitos contra el pudor y la libertad sexual”, lo que se ha tipificado como “violación de prostituta” dice: “La violación cometida en mujer que se dedicare a la prostitución, será sancionada con prisión de tres meses a dos años”. Considera que el artículo atenta contra el principio de igualdad jurídica, el derecho al honor, la intimidad personal y a la propia imagen, ya que la violación cometida en mujer que se dedique a la prostitución es penada muy levemente.

Decisión de la Corte

La Corte desestima la acción y confirma la constitucionalidad de la norma acusada.

Extractos

[...]

Por invocar la impetrante que el art. 196 del Código penal “destruye de una manera flagrante y directa el principio de igualdad jurídica, el derecho al honor, la intimidad personal y a la propia imagen, estableciendo de una forma general y sin distinciones por nuestra Ley Primaria en los artículos tres y dos inciso segundo”, conviene hacer una expresa referencia a tales principios y derechos para fijar claramente su contenido. Ante todo, cabe expresar que el principio de igualdad tiene dos perspectivas constitucionales: a) la igualdad ante la ley; y b) la igualdad en la aplicación de la ley.

[...]

Conforme la primera, frente a supuestos de hecho iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria y no justificada. Según la segunda, cuya aplicación se hace en el ámbito judicial, las resoluciones judiciales deben ser las mismas al entrar al análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean órganos jurisdiccionales distintos los que entren al conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente en que un mismo precepto legal se aplique en casos iguales con evidente desigualdad.

[...]

El derecho fundamental del honor tiene dos aspectos básicos que son: uno subjetivo, referido a la inmanencia o mismidad que consiste en la estimación que cada persona hace de sí misma o cualidad moral que se contrae al cumplimiento de deberes, otro, de carácter objetivo, que consiste en la trascendencia o exterioridad integrada por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad, que es la reputación o fama que acompaña a la virtud.

[...]

La valoración ética de la persona, según el penalista chileno Alfredo Etcheverry, puede referirse a tres aspectos: 1) Lo que la persona vale en realidad, metafísicamente consi-

derada; 2) Lo que esa persona cree que vale (autovaloración), y 3) El sentimiento del honor, esto es, la voluntad de afirmar el propio valer o mérito ante los demás.

Tanto honor objetivo como subjetivo están tutelados penalmente, dando lugar la afectación del primero a un delito de difamación (art. 181 Pn), cuando se vulnera el honor de una persona ausente, y la afectación del honor subjetivo a un delito de injuria (art. 183 Pn) cuando se perjudica a una persona presente.

El derecho a la intimidad personal y familiar es una consecuencia del progresivo perfeccionamiento de la protección jurídica a la libertad y consiste “en reservar para sí un determinado ambiente o sector, donde la intromisión de extraños perjudicaría su autonomía de la voluntad para determinar su conducta o heriría sentimientos espirituales que el legislador juzga dignos de respeto”.

Esa esfera de intimidad o reserva comprende un aspecto material que podría ser afectado por hechos como la violación de domicilio, y otro aspecto espiritual, que comprende el secreto en sus diversas variedades.

Expresado lo anterior, corresponde explicar cuáles son las justificaciones que en doctrina y legislación penal tiene la inclusión de la figura delictual contenida en el art. 196 Pn.

[...]

Al redactarse el Código penal vigente, la comisión redactora tomó como base el art. 271 del anteproyecto de Código penal para Venezuela de 1967, elaborado por una comisión que integraron los doctores Luis Jiménez de Asúa José Agustín Méndez [...] Dice tal disposición: “Art. 271. Violación de prostituta. Cualquiera que, mediante violencia o intimidación, haya constreñido a una prostituta a tener con él acceso carnal, será penado con prisión de dos o treinta meses”.

En la exposición de motivos del referido anteproyecto, en la nota N° 164, se expresa:

Ha dado lugar, en muchos países, a debates y soluciones incorrectas, la llamada violación de prostituta. El absurdo empeño, de que la violación, no es más que un delito contra la libertad sexual ha llevado al aserto de que una meretriz puede ser violada, olvidando que la violación es, sobre todo, un delito contra el pudor. El acto violento para yacer con una ramera no sería más que un delito de coacción, del artículo 262 (hoy artículo 214). Sin embargo, para evitar torcidas interpretaciones, nos permitimos configurar un tipo especial de violación de prostituta.

Si no es aceptable que el art. 196 del Código penal afecta el principio de igualdad, menos puede aceptarse, como lo manifiesta la impetrante, que la prostitución constituye una “profesión” [...] Más bien tal actividad es considerada delictual en ciertas legislaciones penales, constituyendo los llamados delitos relativos a la prostitución.

A este respecto, dice el penalista español Francisco Muñoz Conde:

Lo mismo sucede con los delitos relativos a la prostitución de mayores de edad. Si bien la prostitución no se castiga como tal, en la punición de los delitos relacionados con ella subyace la filosofía de que es una forma deteriorada de ejercicio de la sexualidad que, de algún modo, es desaprobada, [añadiendo:] ciertamente, la prostitución como forma degradante del ejercicio de la sexualidad supone un cierto deterioro de la “libertad sexual”, pero no la ausencia de ésta, sino más bien lo contrario: el ejercicio más amplio, si se quiere deformado, de esa libertad.

En algunas legislaciones se ha añadido, en el tipo de la violación, una exigencia para el sujeto pasivo: que sea mujer honesta, lo cual conlleva a una connotación especial para que el delito pueda cometerse [...] En efecto, el art. 120 del Código penal argentino determina: “Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números 2 y 3 del artículo anterior”.

[...] Aquí, el término “honestidad”, como Soler [lo] expresa, está tomado en un sentido de moralidad sexual.

La figura delictual como rendida en el art. 196 del Código penal puede, entonces, ser considerada como un tipo de violación atenuada, en atención al sujeto pasivo que no llena las condiciones de moralidad sexual exigidas para el tipo de violación propia. Si bien no se deja sin protección y tutela a las mujeres que ejercen la prostitución, se toma en cuenta su condición para disminuir la gravedad de la infracción penal.

Por otra parte, respecto al destinatario de la prohibición contenida en el precepto indicado, que es el sujeto activo, ninguna diferencia se hace que pudiera afectar el principio de igualdad, pues la valoración apuntada se refiere exclusivamente al sujeto pasivo, en atención a la actividad a que se dedica, que es el trato sexual promiscuo y por precio.

[...]

Con base en lo expuesto [...] declarase que no ha lugar, a la inconstitucionalidad alegada del art. 196 del Código penal [...]

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-989 de 2006

Problema jurídico

¿Vulnera el derecho de igualdad de un discapacitado la norma que privilegia la dependencia de la madre trabajadora sobre la del padre trabajador?

Hechos

Se demanda la constitucionalidad de la expresión “madre” que hace parte de la norma que crea el sistema de seguridad social integral y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales. La norma dice:

[...] la madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al sistema general de pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez.

Decisión de la Corte

La Corte declara la constitucionalidad del artículo en el entendido de que el beneficio pensional previsto en ese artículo se haga extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él.

Extractos

[...]

las medidas que [...] adopten [...] las autoridades en virtud del apoyo constitucional especial de que es titular la madre cabeza de familia pueden extenderse también al hombre que se encuentre en una situación de hecho igual, “pero no por existir una presunta discriminación de sexo entre ambos géneros, sino porque el propósito que se busca con ello es hacer efectivo el principio de protección del hijo, en aquellos casos en que éste se encuentre al cuidado ‘exclusivo’ de su padre”, de forma tal que, de no hacerse extensiva tal protección al progenitor podrían verse afectados en forma cierta los derechos de los hijos.

[...]

En otras palabras, las acciones afirmativas establecidas por el legislador a favor de la madre tienen su razón de ser en la protección especial conforme al mandato constitucional previsto en los artículos 44 y 47 de la Constitución Política, que propende por el interés superior del niño y la rehabilitación e integración social en el caso de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos en cualquier circunstancia; es por ello que no puede protegerse únicamente a la madre sino que debe extenderse el beneficio al padre que demuestre estar en la misma situación de hecho.

[...]

Es claro, entonces, que el beneficio pensional previsto en el inciso 2° del párrafo 4° del artículo 33 de la ley 100 de 1993 —modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003— para la madre en función de los hijos discapacitados que se encuentren a su cuidado personal y que dependan de ésta económicamente excluye a los hombres —padres cabeza de familia— que se hallen en las mismas condiciones de hecho que

dichas madres, razón por la cual en relación con los beneficios antes aludidos no encuentra la Corte que exista un fundamento constitucional en virtud del cual se pueda establecer una diferencia de trato entre los hijos discapacitados —menores o adultos— que están a cargo de la madre cabeza de familia, frente a los que están al cuidado del padre cabeza de familia, esto es, que se encuentra en la misma situación a que alude la disposición en análisis, por cuanto en uno y otro caso se trata de personas respecto de las cuales el Estado tiene una obligación de protección especial y categórica (arts. 13, 43 y 47 C.P).

De forma tal que, al reconocerse el beneficio pensional previsto en la disposición legal acusada exclusivamente a la madre cabeza de familia, se produce una violación del derecho a la igualdad del hijo discapacitado que depende económicamente del padre cabeza de familia, por el simple hecho de ser el hombre y no la mujer quien responde económicamente por su manutención, sin tener en cuenta la especial condición de discapacidad que padece y que finalmente es en virtud de la cual se busca protegerlo, para que no solamente no le falten recursos económicos que permitan su adecuada rehabilitación a la vida social, de ser ello posible, sino que se deja igualmente de lado el hecho de que el padre también puede hacerse cargo del hijo afectado por dicha invalidez, brindándole los cuidados y atención necesarios, ello sin limitar tal circunstancia únicamente a aquellos eventos en que haya fallecido la madre de familia.

En conclusión, en el caso concreto del inciso 2° del párrafo 4° del artículo 33 de la ley 100 de 1993 —modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003—, la protección que allí se establece está encaminada en forma directa a beneficiar al niño o adulto discapacitado que por sus condiciones físicas o mentales no puede valerse por sí mismo, razón por la cual se torna en un sujeto de protección especialísima al cual el Estado le debe brindar todas las garantías necesarias para el goce efectivo de sus derechos, de allí la necesidad de que indistintamente de que se trate de la madre o el padre, siempre que i) como lo dispone la norma, la discapacidad del menor esté debidamente calificada y que ii) se hayan cotizado al sistema general de seguridad social en pensiones el mínimo de semanas requeridas en el régimen de prima media para obtener la pensión de vejez, se deba conceder el beneficio pensional allí previsto, de forma tal que, se pueda dar efectivo cumplimiento al propósito de la disposición legal *ibídem*, que no es otro que otorgarle de manera anticipada recursos económicos al progenitor a cuyo cargo se encuentre el niño o el adulto incapaz, con el fin de permitirle dedicar su tiempo a la adecuada rehabilitación de éste.

Así las cosas, en armonía con reiterada jurisprudencia frente al cargo formulado en el presente proceso por violación del derecho a la igualdad, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de la expresión acusada “madre”, en el entendido de que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él, y así quedará señalado en la parte resolutive de esta providencia.

Cuestiones a debatir

El derecho no sólo fija identidades sino que adjudica roles. Sella las diferencias sexuales mediante el lenguaje; las excepciones que contempla para uno de los dos sexos o los diferentes estándares para la evaluación de las conductas son ejemplos frecuentes. El primer caso recuerda que la conceptualización de las agresiones que afectan la integridad y el ejercicio autónomo de la sexualidad de las personas como delitos contra la honestidad fue una constante en la región hasta la década del noventa. La relación de esos actos con la “honestidad sexual” demostraba la protección del sistema penal a quienes eran los dueños, tutores o responsables de las mujeres, en coherencia con un esquema ampliado de incapacidades jurídicas que excluía la autonomía sexual de las mujeres y propulsaba su recato sexual. De igual forma, estas normas incorporaban la adjudicación de roles tradicionales y la separación entre quienes merecían o no la protección estatal. Privilegios para “mujeres honestas”, agravantes para el rapto de mujeres casadas, entre otros, son ejemplos elocuentes de la capacidad del derecho para definir identidades y generalizar subjetividades.

En el segundo caso, la Corte colombiana cuestiona la adjudicación de roles hecha por el legislador. La idea de cuidado era para éste privativa de las mujeres, fijando y reproduciendo así identidades. La Corte procura romper con esta clasificación e incorpora a los hombres, pero lo hace sólo atendiendo a la situación de hecho: sólo serán beneficiarios quienes desempeñen el mismo papel de cuidado. Con esto cumple una función conceptual prioritaria: la separación de los roles socialmente adquiridos de la identidad.

Preguntas

1. ¿Qué concepciones sobre la mujer, el honor y la titularidad de los derechos subyacen a la diferenciación entre “mujer honesta” y “prostituta”?
2. ¿Superaría la norma declarada exequible mediante esta decisión un test de igualdad como el aplicado por la Corte Suprema de Justicia argentina en el caso Cristina González de Delgado y otros contra la Universidad Nacional de Córdoba?
3. ¿Qué argumentos constitucionales encuentra usted para excluir la prostitución como profesión?
4. ¿Qué argumentos del feminismo se pueden usar para justificar el hecho de que el fallo de la Corte Constitucional de Colombia mantenga la diferenciación? ¿Podría enunciar una crítica feminista a esta decisión?

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA CULTURA

En noviembre de 2006 Pakistán aprobó una ley mediante la cual las mujeres violadas que tuvieran la posibilidad de acompañar su denuncia con el testimonio de cinco hombres podrían ser exoneradas del delito de adulterio tras haber sufrido una violación.⁷⁵ En México, una denuncia ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos en el año 2004 relata un brutal castigo a una mujer indígena de la comunidad otomí acusada por miembros de su comunidad de adulterio.⁷⁶ En Colombia, la comunidad indígena embera impuso a una niña de 14 años una sanción consistente en mantener el pie izquierdo en un cepo —instrumento hecho con dos maderas para sujetar reos— por haber sostenido una relación amorosa con un policía que no pertenecía a la comunidad,⁷⁷ y una serie de denuncias abrieron el debate público acerca de la ablación de clítoris practicada a las mujeres de esa misma comunidad.⁷⁸

Éstos y muchos otros relatos similares revelan el conflicto constitucional de principios que ha tenido que abordar la justicia en las últimas dos décadas.⁷⁹ Gran parte de las sociedades multiculturales, es decir aquéllas en las que conviven e interactúan múltiples culturas,⁸⁰ han reconocido los derechos multiculturales, especialmente los derechos de autogobierno.⁸¹ Sin embargo, este recono-

⁷⁵ BBC News, “Pakistan’s Justice System in Spotlight”, disponible en http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/4315491.stm.

⁷⁶ Ver www.mujereshoy.com/secciones/1619.shtml.

⁷⁷ Ver www.etniasdecolombia.org/actualidadetnica/detalle.asp?cid=3696.

⁷⁸ Ver www.etniasdecolombia.org/actualidadetnica/detalle.asp?cid=5311.

⁷⁹ Para profundizar sobre este tema en la justicia constitucional colombiana ver el exhaustivo trabajo de Daniel Bonilla, *La Constitución multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes e Instituto Pensar, Bogotá, 2006.

⁸⁰ Según la definición de Amy Gutman. Ver Amy Gutman, “The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 22, No. 3, verano de 1993.

⁸¹ En lo referente a los derechos de representación, Venezuela, Colombia, Perú, Ecuador y México reconocen la posibilidad de participación política y en organismos políticos mayoritarios. Colombia consagra modalidades especiales para el ejercicio de los derechos políticos que pueden ejercerse a escala nacional —cuotas de Senado y representantes a la Cámara—. Perú obliga legalmente al establecimiento de un porcentaje mínimo para que las comunidades nativas y los pueblos originarios, entre otros, tengan representación en los concejos regionales. Ecuador concede a las comunidades indígenas una cuota de participación en el Tribunal constitucional, y México ordena que en los municipios con población indígena éstos deban ser candidatos para representar a su comunidad en los ayuntamientos. En términos de los derechos de autogobierno, Venezuela, Bolivia, Colombia, Perú, Ecuador, México y Argentina tienen normas que los consagran. Venezuela establece el derecho al desarrollo de la identidad indígena y los derechos económicos de los indígenas; Bolivia reconoce los derechos económicos, sociales y culturales relativos a las tierras comunitarias de origen —uso y aprovechamiento—. También el derecho de las autoridades indígenas y campesinas a ejercer funciones de administración

cimiento ha sido cuestionado por quienes desde la perspectiva universal de la ciudadanía, y la igualdad y dignidad de las mujeres,⁸² consideran inaceptables determinadas prácticas culturales.⁸³

En su versión fuerte⁸⁴ el multiculturalismo establece que a los grupos culturales se les debe garantizar una serie de derechos que les permita gobernarse de manera amplia de acuerdo con sus costumbres y creencias. En su versión débil, por el contrario, esta amplitud encuentra límites precisos en los derechos de los miembros considerados individualmente. Éste es el argumento que guía las críticas de algunas feministas.⁸⁵

El fallo que aquí se presenta describe la forma como la justicia de Salta —Argentina— abordó el conflicto entre la idea universal de derechos y el respeto por la diversidad cultural.

y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos. Colombia establece el carácter especial de sus tierras comunales: éstas gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de la Constitución y la ley; también consagra el derecho a gobernarse por autoridad propia, a ejercer competencias que le corresponda, administrar recursos e imponer tributos y a participar de rentas nacionales. Establece también el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, según sus propias normas y procedimientos. Perú consagra el reconocimiento a una jurisdicción indígena propia y México consagra los derechos a decidir sus formas internas de convivencia y organización social, aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, elegir a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno y preservar la integridad de sus tierras. Finalmente, Argentina obliga al Congreso Nacional a asegurar la posesión y propiedad comunitaria de las tierras.

⁸² En este caso se trata de definir si es posible articular un universalismo feminista que, en términos de las autoras que lo defienden, sería una comunidad moral global que indagaría sobre las condiciones políticas y morales de la vida de las mujeres.

⁸³ En este sentido, el trabajo precursor es el de Susan Moller Okin, “Is Multiculturalism Bad for Women?”, en Joshua Cohen y Howard Matthew, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

⁸⁴ Sigo en este punto la caracterización hecha por Ayelet Shachar, en “On Citizenship and Multicultural Vulnerability”, *Political Theory*, vol. 28, N° 1, febrero de 2000.

⁸⁵ El debate en el seno del feminismo es riquísimo. Es pertinente subrayar el trabajo de Letti Volpp, quien se aparta de los argumentos de Susan Moller Okin; no porque considere que los derechos multiculturales deban primar, sino porque asume que los problemas de discriminación contra las mujeres son patrimonio de algunas culturas y porque olvida que la violencia contra las mujeres occidentales es también un asunto cultural. Ver Letti Volpp, “Feminism versus Multiculturalism”, *Columbia Law Review*, vol. 101, No. 5, junio de 2001.

Corte Suprema de Justicia de Salta, Argentina 29 de septiembre de 2006

Problema jurídico

¿Cuáles son los límites a la autonomía jurídica de las comunidades indígenas cuando sus prácticas, protegidas constitucionalmente, violan derechos fundamentales?⁸⁶

Hechos

Una mujer indígena residente en la misión wichí “Tronco Mocho” presenta una denuncia contra su concubino por abuso sexual contra su hijastra de 9 años, quien queda embarazada. El juez de primera instancia ordena la detención del acusado por el cargo de abuso sexual agravado —era el padrastro y cuidador de la menor—. Una semana después del alumbramiento del bebé, la madre retira la denuncia contra el imputado y, junto con otros miembros de la comunidad, exige la liberación del detenido. La defensa, por su parte, presenta un recurso de casación en la Corte de Justicia de Salta, basando sus alegatos en la arbitrariedad de la decisión por no haber tenido en cuenta el derecho al respeto y a la identidad étnica y cultural del imputado.

Decisión de la Corte

La Corte Suprema de Salta anula el auto de detención del señor Ruiz y hace lugar al recurso de casación impuesto por la defensa. Establece que las pautas culturales propias de la comunidad wichí conforman un modo de vida conocido como “matrimonio privignático” y que el acusado no tuvo conciencia del incumplimiento de norma jurídica alguna durante su trato íntimo con Estela Tejerina, por lo que resulta penalmente inimputable del delito que se le atribuye.

Extractos

[...]

En la presente causa, cuando el juez resolvió procesar a Ruiz, ya se había incorporado a las actuaciones el informe pericial antropológico de fs. 145/148. Consiguientemente, dada su particularidad requería un especial abordaje; sin embargo, este elemento de juicio fue objeto sólo de una valoración peyorativa para el imputado, sin que se tuvieran en cuenta aspectos especialmente importantes que surgen de su contexto, tales como la aceptación social que en esos grupos [tiene el] que las

⁸⁶ El artículo 75 de la Constitución argentina establece que “corresponde al Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan [...]”.

mujeres mantengan relaciones sexuales desde temprana edad, más concretamente a partir de la primera menstruación.

[...]

Estos elementos de juicio no constituyen cuestiones baladíes ni meras presunciones, toda vez que ellas se ven fuertemente avaladas por el informe de fs. 221/222, incorporado con posterioridad al auto de procesamiento que, dicho sea de paso, debió ser abordado oportunamente, toda vez que de él se desprende la existencia del puntual contexto de convivencia del imputado y de la víctima en un marco de costumbres ancestrales que resulta útil para apreciar una posible distorsión de la comprensión de la conducta atribuida como un injusto penal.

[...]

Cuando la ley impone al Juez el deber de motivar sus resoluciones, le pide mucho más que la simple enunciación de los elementos colectados; la exigencia transita concretamente por un ejercicio racional que involucre una apreciación equilibrada de la prueba de la que se deriven conclusiones en función del derecho vigente. El referido equilibrio impide que se soslayen o se dejen en un plano de carencia de gravitación elementos útiles para la solución del caso, lo que aquí ha ocurrido cuando, al dictarse el procesamiento, se entendió que los aspectos antes mencionados, claramente indiciarios de un particularismo etnocultural, no eran sino componentes de una trama de encubrimiento basada en la identidad cultural de los aborígenes. Desde esa óptica no ha sido razonable la evaluación que el Juez hiciera de la influencia que tendrían, en el supuesto a juzgar, la multiplicidad de datos acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código penal argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado.

[...]

Para entender la deficiencia de motivación del procesamiento, cabe acudir también al ilustrativo párrafo de la resolución que lo confirma donde se indica que todo lo que hace la forma de vida, creencias e idiosincracia (sic) de la comunidad wichí, son aspectos que nada tienen que ver con los argumentos que dan sustento al auto respectivo (fs. 190). Es precisamente ese descuido por la incidencia que en la imputación subjetiva tiene en el caso la pertenencia del encartado a un pueblo originario, la que permite ver, a las claras, que la declaración de su responsabilidad a los fines de ser llevado a juicio, no se ha cumplido con arreglo a una ponderación integral.

[...]

La situación antes descrita cobra especial trascendencia, en tanto los arts. 75 inc. 17 de la Constitución nacional y 15 de la Constitución provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la res-

ponsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aún provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

En razón de lo expuesto corresponde declarar la nulidad del auto de procesamiento de fs. 155/161, de la resolución de fs. 189/192 vta. que lo confirma y de todos los actos que de ellos dependen.

Salvamento de voto

[...]

Corresponde “*ab initio*” dejar sentado que, tal como lo estableciera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la vigencia de los tratados de derechos humanos no implica la derogación de los principios, derechos y garantías reconocidos en la parte dogmática de la Constitución [...] Desde tal punto de vista, la demandada no puede pretender con éxito la inaplicabilidad de la ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición de indígena y de su identidad cultural, a menos que se confiera a estos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen, y mucho menos cuando una decisión en tal sentido tendría como consecuencia el desconocimiento de otros derechos individuales cuya esencialidad surge de la interpretación integral de las normas que componen el complejo constitucional aplicable al caso.

[...]

Siendo ello así, las decisiones judiciales deben resultar adecuadas a los compromisos asumidos por la República Argentina en la materia específica, pero evitando la intolerancia o la defensa de costumbres que implican la restricción y menoscabo de los derechos fundamentales de la persona humana pues ello, además de resultar atentatorio contra el sustrato filosófico-axiológico del bloque de constitucionalidad, se encuentra expresamente vedado por el mismo.

[...]

La vigencia de la “costumbre comunitaria” invocada por el recurrente como circunstancia apta para que se permita que la situación planteada a partir de la promoción de acción penal efectuada de oficio a fs. 11 por la Fiscal Penal N° 2, se resuelva de conformidad con el supuesto derecho consuetudinario wichí y no de acuerdo al Código penal argentino, no constituye una razón apta para enervar la regla contenida en los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT. Ello porque dicha costumbre no sólo resulta contradictoria con nuestro sistema jurídico nacional, sino con el plexo de derechos humanos internacionalmente reconocidos, ante el cual resulta que se pretende subordinar un derecho esencial de la naturaleza humana al hecho de la pertenencia a un estado cultural determinado, a lo que obsta firmemente el Pacto de San José de Costa Rica, de cuyo preámbulo emerge la relevancia superior de los derechos que hacen a los atributos de la persona humana.

[...]

Sostener que en la conducta bajo examen no hay agresión porque “se trata de otra concepción cultural de ‘integridad sexual’ ” o por no haber sufrido ningún daño psico-emocional la supuesta víctima, significa apartarse del concepto de “integridad personal”, del cual la integridad sexual es sólo uno de los componentes; cobija, además, los efectos en la salud física, teniendo en cuenta edad, consiguiendo contextura física, riesgos en la salud por la sexualidad en sí y por la temprana iniciación, maternidad precoz, efectos sobre los niños prematuros o mal nutridos por las condiciones de las madres, etc.

[...]

Que la decisión en análisis ha adscripto a la postura que, precisamente considerando la relación existente entre los valores culturales y los derechos humanos, descarta los argumentos del llamado “relativismo cultural” en sus variadas opciones...

[...]

Dicha teoría afirma que todos los sistemas culturales son intrínsecamente iguales en valor, y que los rasgos característicos de cada uno tienen que ser evaluados y explicados dentro del sistema en el que aparecen [...] defiende la postura según la cual toda pauta cultural es intrínsecamente tan digna de respeto como las demás. A la luz de estas dos afirmaciones, la actividad de organizaciones “occidentales” (como denomina la defensa a la cultura que supuestamente impide el desarrollo de la cultura wichí), tales como Amnistía Internacional, Unicef, etc., que intentan combatir ciertas prácticas consideradas aberrantes de comunidades nativas dentro de las cuales constituyen parte irrenunciable de su identidad cultural, es entendida como un acto destinado a destruir ese patrimonio cultural; según el relativismo cultural, en cambio, debería admitirse que dichas prácticas identitarias (como la mutilación genital femenina —clitoridectomía— o las relaciones sexuales de hombres mayores con niñas con las que se convive en razón de la unión parejal con la madre —matrimonio privignático—), son intrínsecamente tan dignas de respeto como cualquier otra, y tienen valor por el mero hecho de existir y de enriquecer la diversidad cultural mundial. Bajo tal premisa, concretamente, las niñas y mujeres que han sufrido aquellas mutilaciones, o que a partir de los 8, 9, 10, 11 años contraen matrimonio o son “tomadas” por la pareja de la madre para formar una “forma típica de unión matrimonial”, vivirían en plenitud su identidad cultural.

[...]

La Corte Interamericana ha reconocido la importancia de evaluar determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América a los fines de la aplicación de la Convención, señalando en diversas oportunidades que muchas manifestaciones culturales de las comunidades indígenas forman el *substratum* de las normas jurídicas que deben regir las relaciones de sus miembros “*inter se*” y con sus bienes, en referencia a las constituciones políticas vigentes en los Estados que dispo-

nen sobre la preservación y el desarrollo de la identidad cultural y las formas propias de organización social de esos pueblos, reiterando que estas formas de manifestación cultural y auto-organización social se han concretado a lo largo del tiempo en normas jurídicas y en jurisprudencia, tanto en el plano internacional como nacional, y tuvo en cuenta las prácticas culturales de colectividades en diversas cuestiones [...] Sin embargo afirmó, con igual claridad, que la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. [...] de acuerdo a la doctrina de la Corte Interamericana [...] se debe concluir que no se advierten en autos las circunstancias que permitan descartar la operatividad, respecto de José Fabián Ruiz, de las normas del Código penal en virtud de la práctica sexual o social alegada, precisamente porque la misma, de configurar una costumbre propia de la comunidad wichí a la que pertenece, resulta violatoria de los derechos que la comunidad internacional reconoce en cabeza de Estela Tejerina.

[...]

Al contrario de lo que pregonan los adeptos del llamado “relativismo cultural”, y de acuerdo al criterio sustentado en la elaboración doctrinaria sobre derechos de las comunidades indígenas por la Corte Interamericana, los derechos humanos universales son enriquecidos por las múltiples experiencias culturales, las cuales, a su vez, se benefician de su propia apertura a los patrones mínimos universales —estándares— de tratamiento del ser humano, tal y como se revela en el contencioso internacional del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Con tal criterio, dicho tribunal reafirma la legitimidad universal de los derechos humanos, en un mundo marcado por el pluralismo y la angustia común a todos los seres humanos frente al respeto por su propia dignidad, sea cual fuere el ámbito en el que se desarrolla.

[...]

No se trata, en el tema bajo análisis, de poner en marcha un mecanismo de ponderación de derechos —derecho a la integridad personal, derechos del niño, derecho a la cultura, derechos de los indígenas—, sino de ordenar el centro de gravedad del problema planteado, para recién decidir el pretendido conflicto que pudiere suscitarse en relación a la posibilidad de defensa de uno u otro, intentando evitar razonamientos que lleven a obviar la instrumentalidad que uno de los derechos tiene respecto del otro, pues cualquier reconocimiento a favor de la persona en sí misma carece de finalidad si no se efectiviza el respeto a ésta. Sin perjuicio del derecho de la sociedad de que se trate en la preservación de sus valores culturales, toda agresión a los superiores intereses de los niños agrede su libertad, en el concepto amplísimo que el sistema interamericano de derechos humanos acuerda a ésta en relación a la esencialidad de la persona (Preámbulos Declaración Universal de los Derechos Humanos y Pacto SJCRR).

[...]

Que, en suma, se desprende que la sentencia en análisis establece, en primer lugar, que al caso resulta aplicable el Código penal y no el “derecho constitucional indígena”, sin perjuicio de la etnia a la que pertenece el imputado (fs. 191). En segundo término se advierte que, no obstante entender que lo inherente a “la forma de vivir de la comunidad wichí, son aspectos ajenos al típico proceso de tipificación de una conducta” (fs. 190 vta.), la Cámara se introduce en el tratamiento de los agravios formulados en relación al “aspecto subjetivo que en su momento tuvo el procesado por el hecho de responder su conducta a las costumbres de su comunidad indígena” y determina que no obran elementos en autos para analizar los supuestos planteados por el recurrente para quitar sustento a la decisión apelada (fs. 190 *in fine* y 192), por cuanto no se encontraría acreditado indiscutiblemente que el hecho que generara esta causa —conforme la manifestación espontánea de la madre de la menor acerca de que su concubino habría violado a su hija de nueve años y que ésta tendría un hijo en consecuencia— fuera acorde con la costumbre de la comunidad wichí (fs. 191 vta., *in fine*). En tales puntos, cuya ponderación concreta realizó el Tribunal en función de las particulares condiciones aducidas por el recurrente, sustentó la fuerza convictiva acerca de todos los componentes del delito por el que el juez de la anterior instancia dictó el auto de procesamiento impugnado.

Cuestiones a debatir

El feminismo comparte con el multiculturalismo ciertos rasgos esenciales como la crítica al individualismo liberal y la denuncia de la indiferencia⁸⁷ de la que son objeto las mujeres y las minorías étnicoculturales por parte de una hegemonía blanca y patriarcal. Sin embargo, el caso ilustra los riesgos que el multiculturalismo puede representar para los derechos de las mujeres, en especial con respecto a los conflictos frecuentes entre los compromisos de la igualdad de género y el respeto de las costumbres y prácticas de los grupos étnicoculturales minoritarios. Los conflictos que suscita el multiculturalismo desde el punto de vista constitucional y penal son muy importantes y son expuestos con claridad en la sentencia y en la disidencia.

El fallo subraya los aspectos más relevantes de esa discusión: la protección de costumbres —las relaciones sexuales con menores— por el principio de autonomía de los pueblos originarios, y el conflicto que genera esta protección frente a los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado argentino. De igual forma, como argumento a considerar, incluye la inmersión del miembro de la cultura minoritaria en la sociedad mayoritaria y, evaluando el

⁸⁷ Para un mayor desarrollo, ver Charles Taylor, *Ética de la autenticidad*, Paidós, Barcelona, 1994.

grado alcanzado por esa inmersión, poder determinar su responsabilidad por la violación o el desconocimiento de las normas que la rigen. Este tema hace referencia a la posibilidad que le brinda esta existencia en dos culturas, para priorizar aquella que deberá regir sus referentes axiológicos.

Las relaciones del derecho penal con el multiculturalismo han sido desarrolladas en la jurisprudencia de los Estados Unidos bajo el concepto “*cultural defences*”, y en algunos casos regionales como “error de comprensión”. Se trata de establecer que, frente a determinadas circunstancias de orden cultural que impiden la comprensión de la dimensión delictual de una conducta, la responsabilidad penal podrá ser exonerada o atenuada.

Preguntas

1. ¿Cuál es el argumento central que en este caso lleva a la Corte a declarar la nulidad del auto de procesamiento?

2. Si bien el juez de primera instancia y el salvamento de voto de la Corte coinciden en concluir que el acusado debe ser sancionado conforme al Código penal argentino, sus argumentos son de orden muy diverso. ¿Cuál es el argumento de cada uno de ellos? ¿Son los dos razonamientos igualmente admisibles en el orden constitucional vigente en Argentina?

3. ¿En qué medida el respeto al principio de autonomía de los pueblos originarios se convierte en un espacio propicio para que se perpetúe la vulneración de los derechos de las mujeres?

4. ¿Por qué en este caso se excluye la ponderación de principios para hacer prevalecer el derecho de los niños?

C. TERCER PROBLEMA: LA GLOBALIZACIÓN

Entre las virtudes de la globalización, vista desde la perspectiva de la ciudadanía, figura la idea de que construye un espacio global en el que, superados los límites vinculados a la nacionalidad, los derechos humanos serían plenamente exigibles. Una de las autoras que desarrolla con mayor amplitud este tema es Saskia Sassen,⁸⁸ quien subraya dos aspectos principales de este proceso: la integración del mercado y la consolidación del régimen de protección internacional de los derechos humanos.

Estos elementos llevarían a la desnacionalización de algunas formas de ciudadanía, lo que obligaría a su redefinición en un espacio ampliado para su

⁸⁸ Saskia Sassen, “The Repositioning of Citizenship: Emergent Subjects and Spaces for Politics”, *op. cit.*, pp. 41-66.

ejercicio. En esencia, considera que los desarrollos actuales de la globalización han fortalecido la idea de una ciudadanía centrada en los derechos.⁸⁹

Esta visión de los aspectos prometedores de la ciudadanía en tiempos de la globalización coexiste, sin embargo, con aquella que señala los problemas concretos de los inmensos flujos migratorios del Tercer Mundo hacia los países centrales, situación que pone diariamente a prueba el universalismo de los derechos humanos.⁹⁰ Ferrajoli⁹¹ piensa que, en este contexto, la ciudadanía ha dejado de ser el cimiento de la igualdad para pasar a ser un requisito de entrada, un privilegio y una clara fuente de exclusión.⁹² Desde el punto de vista constitucional, ve en la globalización tres cuestiones críticas: la ausencia de garantías judiciales en el ámbito internacional; el cambio de lugar de las respectivas garantías constitucionales como consecuencia del debilitamiento de la soberanía estatal, y la posibilidad de un derecho de asilo como contrapeso de la concepción estatista de los derechos humanos derivada de la ciudadanía. Sostiene entonces que la protección de los derechos en el sistema internacional exige la creación de un constitucionalismo global cuyas bases claras son las convenciones internacionales.

Desde el punto de vista de la situación de las mujeres latinoamericanas, este problema es de gran relevancia. La masiva migración por motivos económicos y políticos, y la consecuente fragilidad y precariedad de sus condiciones laborales, además de la exposición cada vez mayor a las redes internacionales de tráfico de personas y estupefacientes, son particularmente inquietantes. El capítulo “Trabajo” aborda en detalle el problema de las trabajadoras migrantes, y el de “Violencia” examina el tráfico de personas. Aquí me ocuparé de la mujer y el tráfico de estupefacientes.

En este sentido, la situación regional es crítica. En América Latina la cantidad de mujeres en la cárcel ha aumentado en términos absolutos debido al incremento de los delitos relacionados con el transporte de drogas ilícitas. En algunos países de América Central, como Costa Rica, El Salvador, Honduras y Nicaragua, alrededor de la mitad de las reclusas femeninas se encuentra en esta situación.⁹³ En Argentina, casi el 70% de las mujeres que se encuentran en

⁸⁹ *Ibid.*, p. 48.

⁹⁰ Ver, entre muchos, Luigi Ferrajoli, “Mas allá de la ciudadanía global”, *op. cit.*, y Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho*, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998.

⁹¹ Luigi Ferrajoli, “Mas allá de la ciudadanía global”, *op. cit.*

⁹² *Ibid.*, p. 176.

⁹³ María Noel Rodríguez, “Mujer y cárcel en América Latina”, en Due Process of Law Foundation, Ilanud, 2004. Disponible en www.dplf.org/PPL/span/mx_ppl03/mx_ppl03_MNRodriguez.pdf.

la cárcel lo están por violaciones a la ley de estupefacientes ilegales. Los delitos que le siguen están muy por debajo: violación a la propiedad, 15,6%, y a la vida e integridad física 8,3%.⁹⁴ En Colombia, 42 de cada 100 mujeres en la cárcel lo están por la llamada ley 30 de estupefacientes.⁹⁵

Además de las características propias de la participación de las mujeres en el crimen organizado —exclusión, subrepresentación, ubicación en tareas menores y sometimiento a roles considerados femeninos (con frecuencia sexuales) dentro de la organización—,⁹⁶ el carácter transnacional y los problemas que señala Ferrajoli hacen a las mujeres latinoamericanas especialmente vulnerables.

A continuación presento un fallo que, si bien no aborda el problema del tráfico de estupefacientes desde una perspectiva de género y supera las especificidades propias de este delito, sí resuelve alguno de los problemas constitucionales a los que Ferrajoli se refiere.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Rosana Claudia Borelina

Problema jurídico

¿Está dentro de las potestades de un Estado negarse a la extradición de una persona si el Estado solicitante no ofrece garantías suficientes para la protección integral de los derechos humanos?

Hechos

Una mujer apeló ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra la decisión del Juzgado Federal y Correccional número 2 de Lomas de Zamora, que decidió su extradición al Perú para su juzgamiento por el delito de tráfico de estupefacientes. La acusada solicita se revoque la extradición por haber estado viciado el procedimiento mediante el cual se concedió la extradición y por considerar que en el Perú no podrá gozar de garantías suficientes para un juicio justo e imparcial.

⁹⁴ Población en cárceles federales. Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y SPF. Alcira Daroqui, Daniel Fridman, Claudia Anguillesi, Claudia Cesaron, Nicolás Maggio, Karina Mouzo, Victoria Rangugni, “Las mujeres y los jóvenes encarcelados en el ámbito nacional: abordaje cuantitativo y cualitativo en torno a grupos sobrevulnerados dentro de la población carcelaria. Informe de investigación”, Instituto de Investigaciones Gino Germani y Procuración Penitenciaria Nacional, Buenos Aires, agosto de 2003.

⁹⁵ Ver www.eltiempo.com.co.

⁹⁶ Ver, sobre este tema, Darrell J. Steffensmeier, “Organization Properties and Sex-Segregation in the Underworld: Building a Sociological Theory of Sex Differences in Crime”, *Social Forces*, vol. 61, N° 4, junio de 1993, pp. 1010-1032.

Decisión de la Corte

La Corte revoca la decisión del Juzgado Federal y Correccional y determina que el Estado del Perú no ofrece las garantías necesarias para poder extraditar a la imputada.

Extractos

Del voto de Eugenio Raúl Zaffaroni

[...]

Que con relación al agravio concerniente a la situación del sistema carcelario del país requirente, cabe tener presente que la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (art. 75 Cinc. 22C de la Constitución Nacional y ley 23338) dispone en forma clara y categórica que “Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura” (art. 3.1).

Asimismo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (ley 23652) establece que

No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente (art. 13.4).

A los efectos de aquel pacto universal, se entiende por el término tortura

[...] todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas (art. 1.1).

[...]

Que para juzgar si hay razones fundadas para creer que una persona estaría en peligro de ser sometida a tortura, no debe tenerse en cuenta necesariamente “si en la

causa existen elementos que permitan poner en tela de juicio la correcta actuación en este proceso en particular de la justicia del país requirente” (como lo sostiene el señor Procurador Fiscal a fs. 674 vta.), sino básicamente la propia regla de prueba que consagra la convención universal en el art. 3.2:

A los efectos de determinar si existen esas razones las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

[...]

Que, a la luz de estos principios, la Corte se hace eco de diversos documentos de conocimiento público y notorio provenientes de órganos institucionales que integran los sistemas de protección de los derechos humanos en diferentes campos operacionales (universal y regional), que impiden compartir la opinión del señor Procurador Fiscal en cuanto a que las irregularidades denunciadas “se corresponden con una situación pretérita que la República del Perú ha, gradualmente, subvertido” [...] Que, en este sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al examinar el cuarto informe periódico del Perú, aprobó el 1 de noviembre de 2000 las siguientes observaciones finales:

[...] El Comité expresa su inquietud sobre las malas condiciones carcelarias, en particular sobre el penal de Lurigancho, en Lima, y las prisiones de máxima seguridad de Yanamayo, en Puno, y en Challapalca, en Tacna (situadas a elevadas altitudes dificultando entre otros, el derecho de visita ya que los familiares no pueden desplazarse con facilidad a esas prisiones). Las condiciones de estas prisiones no cumplen con los requisitos del artículo 10 del Pacto. El Comité insta al Estado Parte a que tome las medidas necesarias para mejorar las condiciones de las cárceles en el Perú. En particular, el Comité insta al Estado Parte a reducir la población carcelaria en el penal de Lurigancho y a cerrar las prisiones de Yanamayo y Challapalca [...].

[...]

Que de lo expuesto se deduce con suficiente claridad que existen razones fundadas para creer que la entrega de Borelina a la jurisdicción extranjera la expondría al peligro o riesgo cierto de ser sometida a tratos crueles. Por otra parte, el país requirente no ha dado seguridades ni ha incorporado elementos de convicción que hubieran facilitado la tarea de esta Corte que indiquen que en caso de que la mujer fuese extraditada no iba estar sujeta a la situación general antes descrita, máxime teniendo en cuenta la posibilidad que le otorgaba nuestro ordenamiento jurídico de constituirse como parte en el trámite judicial (art. 25, segundo párrafo, de la ley 24767).

Cuestiones a debatir

Primera cuestión a debatir

Una de las mayores ventajas que ha encontrado el feminismo para hacer vigentes las demandas legislativas y judiciales en beneficio de la aplicación de los derechos de las mujeres es la consagración constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo, las diferentes Constituciones de Latinoamérica tienen posiciones diversas frente a la relación del ordenamiento internacional con el derecho interno, especialmente por la exigencia internacional que imposibilita al Estado a invocar su derecho doméstico para ser eximido de sus compromisos internacionales.⁹⁷

En este tema se expresa la tensión actual entre la vigencia de los derechos humanos y la soberanía estatal. Es afirmación generalizada la de que el proceso de globalización del derecho genera el debilitamiento de la autoridad del Estado nacional: no sólo la vigencia de los tratados internacionales de derechos humanos, sino especialmente la creación de tribunales internacionales en los que la facultad punitiva del Estado nacional riñe con la de estos nuevos organismos, demuestran el lugar que ocupan hoy los derechos humanos en el sistema legal internacional. El caso presentado es un ejemplo elocuente.

Desde la perspectiva de la justicia de género, esta situación se encuentra con dos límites claros: el primero, abordado parcialmente en el aparte II A, hace referencia al relativismo cultural o de los valores que propugna por la autonomía y la soberanía del Estado en temas sobre los cuales no habría consenso universal —derechos humanos—, y el segundo límite, propio de la región, es la reticencia de los Estados latinoamericanos a hacer exigibles las obligaciones internacionales contraídas cuando se trata de derechos sexuales y reproductivos. Este punto, ampliamente trabajado en el capítulo “Salud” de este libro, abre el espacio para el cada vez más reclamado espacio del litigio internacional.⁹⁸

⁹⁷ Las Constituciones de Bolivia, Colombia, Chile, Paraguay, Perú y Venezuela traen, en su redacción, la primacía absoluta de la Constitución. Aún así, reconocen que los tratados hacen parte del ordenamiento interno, aunque entendidos como jerárquicamente inferiores a la Constitución. Colombia afirma que los derechos humanos prevalecerán sobre el derecho interno y Venezuela que los tratados sobre el tema tendrán jerarquía constitucional. México y Argentina mantienen y consagran la jerarquía constitucional. Honduras, El Salvador, Uruguay, Panamá y Brasil reconocen la prioridad de los tratados sobre las leyes a pesar de considerarlos subordinados a la Constitución. Las Constituciones de República Dominicana (de 1994) y Nicaragua (de 1987, reformada en 1995) se refieren especialmente al Derecho Americano. Finalmente, Ecuador y Costa Rica sostienen la primacía de los tratados internacionales.

⁹⁸ Ver, al respecto, Luisa Cabal, et al., “El litigio internacional en la promoción y el avance de los derechos reproductivos en América Latina”, en Luisa Cabal y Cristina Motta, eds., *Más allá del derecho*, op. cit., pp. 379-414.

Segunda cuestión a debatir

Con alguna frecuencia llegan a la justicia casos⁹⁹ de mujeres que por transportar droga en su organismo deben acudir a un hospital. Al hacerlo, quedan expuestas a la denuncia de los doctores ante la justicia. En esos casos, los jueces deben resolver el conflicto entre el derecho derivado de los principios de presunción de inocencia y del debido proceso que asiste a todo sindicado de un delito a no declarar contra sí mismo —derecho de no autoincriminación—, y la obligación de los empleados públicos de denunciar un delito conocido con ocasión de sus funciones. Éste es el mismo tipo de problema que se presenta en los casos de abortos ilegales (éste es abordado con detenimiento en el capítulo “Salud”).

Preguntas

1. ¿Cómo se justifica la decisión de la Corte de no entregar en extradición a Borelina?
2. ¿Qué pruebas se consideran admisibles en este caso por parte de la Corte?
3. ¿Qué contraargumentos es posible esgrimir frente a la decisión de la Corte?
4. Puesto que es deber del funcionario público denunciar el delito del que tenga conocimiento, ¿se puede afirmar en consecuencia que las mujeres que pueden pagar un hospital privado tienen privilegios frente a la justicia, pues quienes las atienden no son empleados públicos?

III. LA CIUDADANÍA COMO PRÁCTICA

Como se dijo más arriba, una vertiente importante de las nuevas teorías de la ciudadanía aboga por restar énfasis a la idea de los derechos y definir con claridad los deberes de los ciudadanos. La participación en el espacio público y la acción ejemplar pugnan por adquirir primacía sobre la hasta ahora “pasiva ciudadanía” centrada en el goce de los derechos. La ciudadanía centrada en las virtudes y cualidades de los ciudadanos ha sido desarrollada por vertientes liberales, comunitaristas y conservadoras que se oponen, por diversos motivos, a la ciudadanía centrada en los derechos. Se destacan las embestidas conservadoras al Estado de bienestar por el escaso énfasis en la responsabilidad que crearía su generoso esquema en derechos sociales; defienden además la importancia de la autosuficiencia económica. De otra parte, los críticos comunitaristas al indivi-

⁹⁹ Por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Norma Beatriz Zambrana Daza, 12 de agosto de 1997.

dualismo y la neutralidad liberales se oponen a un esquema de ciudadanía que desconocería la importancia de virtudes cívicas como el coraje, el respeto a la ley, la independencia, la ética del trabajo y la participación política,¹⁰⁰ entre otros.

El pensamiento feminista ha producido argumentos sólidos en contra de estas perspectivas críticas, no sólo en su cuestionamiento de las virtudes con las que se suele asociar al buen ciudadano, como es el énfasis en la independencia,¹⁰¹ sino en su reconocimiento de los procesos de movilización femenina como claras formas de ejercicio de la ciudadanía no reconocidas como participación.¹⁰² En el primer sentido, el problema reside en lo que la teoría liberal de la ciudadanía considera “buen ciudadano” y, en el segundo, en la importancia que adquiere un determinado tipo de participación en la extensión y la calidad de la ciudadanía.¹⁰³

La idea de la ciudadanía igualitaria construida por el feminismo exige el abandono de la idea liberal que sostiene que aquellos que no son autosuficientes tienen menor valor público.¹⁰⁴ En efecto, se trata de redefinir las virtudes ciudadanas establecidas por la concepción liberal. Según ésta, el ciudadano ejemplar es aquél capaz de satisfacer sus propias necesidades y las de sus dependientes mediante el usufructo de su propiedad o su actividad productiva.¹⁰⁵ La independencia es, para el liberalismo, lo que permite a los ciudadanos la libertad y autonomía en el espacio público. Ser independiente es ser autónomo, libre y, por ende, un sujeto cuyas opiniones puedan ser tenidas en consideración en la esfera pública. Las mujeres, vinculadas a sus dependientes, y ellas mismas dependientes, son pensadas como ciudadanos de segunda clase, confinadas al espacio privado y alejadas de la esfera de acción política y cívica que es la esfera pública.¹⁰⁶

Desde el punto de vista de las formas de participación, el feminismo promueve la denuncia de las trabas estructurales que impiden a las mujeres el ejercicio

¹⁰⁰ Éste es el listado de virtudes ciudadanas que enumera Galston, en William Galston, *Liberal Purposes: Goods, Virtues and Diversity in the Liberal State*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991.

¹⁰¹ Ver Iris Marion Young, “Mothers, Citizenship and Independence: A Critique of Pure Family Values”, *Ethics*, 105, abril de 1995.

¹⁰² Ver Iris Marion Young, “Gender as Seriality: Thinking About Women as a Social Collective”, *Signs*, vol. 19, N° 3, 1994, pp. 713-738.

¹⁰³ Will Kymlicka y Wayne Norman, “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, *op. cit.*

¹⁰⁴ Iris Marion Young, “Mothers, Citizenship and Independence: A Critique of Pure Family Values”, *op. cit.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 546.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 548.

de la participación en los términos aplaudidos por el liberalismo. En esencia subraya la ausencia de equidad en la distribución de las cargas domésticas.¹⁰⁷ De igual manera, cuestiona la limitación de la participación a las formas tradicionales y reiteradamente masculinas.

En el primer sentido, la propuesta feminista implica instar a los Estados para que promuevan políticas públicas que brinden un apoyo especial a las mujeres y que eliminen las barreras estructurales que les impiden el ejercicio pleno de la ciudadanía. En el segundo sentido, se trata de acopiar y valorar las prácticas participativas de quienes han estado excluidos de la idea hegemónica de participación y construir a partir de allí una idea de ciudadanía centrada en las posibilidades y necesidades de quienes la ejercen.¹⁰⁸

A. PRIMER PROBLEMA: AUTONOMÍA Y DEPENDENCIA

Una forma común en América Latina de enfrentar y buscar remover las barreras estructurales a las que se refiere el feminismo, entre muchos actores sociales, ha sido el reconocimiento de estímulos, prerrogativas y privilegios en cabeza de las mujeres cuando son cabeza de familia.¹⁰⁹ El capítulo “Familia” de este libro critica la reproducción de la idea de familia nuclear como orden natural que expresan estas medidas asistencialistas. El capítulo “Propiedad”, por su parte, examina las implicaciones de estas medidas en ese derecho particular. En este punto comparto el argumento planteado en el capítulo “Familia” y subrayo las incongruencias que, desde una perspectiva de género orientada a la búsqueda de autonomía de las mujeres, generan las políticas públicas cimentadas en roles y estereotipos inalterados.

En efecto, la característica general de este tipo de políticas en la región consiste en apoyar a las mujeres pero en contraprestación se les exige una efectiva tarea de cuidado de sus dependientes. En algunos de los países de la región se implementan políticas de transferencia directa de recursos a cambio de que las mujeres realicen controles de salud y educación para sus hijos.¹¹⁰ La unidad

¹⁰⁷ Ver al respecto Susan Moller Okin, *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, New York, 1989.

¹⁰⁸ Ver al respecto Saskia Sassen, “The Repositioning of Citizenship: Emergent Subjects and Spaces for Politics”, *op. cit.*

¹⁰⁹ En América Latina se observa una tendencia creciente de familias con jefatura femenina: en la región, en su totalidad, esta modalidad aumentó de un 24% en 1994 a un 28% en el 2002. Ver Guillermo Sunkel, “El papel de la familia en la protección social en América Latina”, Unidad, mujer y desarrollo, CEPAL, Naciones Unidas, División de Desarrollo Social, Santiago de Chile, abril de 2006, p. 12.

¹¹⁰ Luis Campos, Eleonor Faur y Laura Pautassi, “Programa Familias por la Inclusión Social”,

básica de intervención es la familia y, más precisamente, la mujer. En Argentina, el programa Familia entrega dinero a madres solas y además la posibilidad de capacitarse laboralmente. Éstas tendrán la obligación de preocuparse por la escolaridad y la salud de sus hijos.¹¹¹ El programa estipula que, como contraprestación, la madre o la mujer responsable de los niños menores de 19 años deberá comprometerse a realizar controles de salud periódicos a los niños y certificar su asistencia a la escuela. En México se desarrolla un plan similar denominado Oportunidades; en Chile¹¹² está Chile Solidario; en Brasil,¹¹³ Bolsa Familia; en Perú, Vaso de Leche; en Colombia, Familias en Acción.¹¹⁴ Todos persiguen los mismos objetivos e imponen similares contraprestaciones a las mujeres. En Costa Rica, Guatemala, Ecuador y Bolivia se adelantan los mismos programas.

Aun cuando el fallo de la Corte Constitucional de Colombia que se transcribe a continuación no hace referencia a estas políticas, aporta un razonamiento y una argumentación muy útiles para evaluar los dilemas y las contradicciones de las estrategias de apoyo a las mujeres cabeza de familia.

Corte Constitucional de Colombia **Sentencia C-184 de 2003**

Problema jurídico

¿Viola el derecho de igualdad constitucional el apoyo especial conferido por la ley a las mujeres cabeza de familia?

Hechos

Carlos Arturo Rincón Gómez solicita la declaración de inexequibilidad parcial del artículo 1° de la ley 750 de 2002 que expide normas sobre el apoyo especial a la mujer cabeza de familia en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario.

CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), *Las políticas para la disminución de la pobreza implementadas en la Argentina 2002-2005. Un análisis de su diseño, implementación y exigibilidad desde la perspectiva de derechos humanos*, 2006, p. 3. “Sin intervenciones multidimensionales, lo que implica que todas las iniciativas agregan a la complementación de los ingresos monetarios en el corto plazo objetivos de acumulación de capital humano en al menos una de sus dimensiones. Las diferencias radican en las dimensiones seleccionadas para la intervención (educación, salud y/o alimentación) y su combinación”. Guillermo Sunkel, “El papel de la familia en la protección social en América Latina”, *op. cit.*, p. 25.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 13.

¹¹² Ver www.mintrab.cl/descargar/trabajo_inf/ChileSolidario.pdf.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Ver www.presidencia.gov.co/cne/2004/enero/03/05312003.htm. Para más información sobre este programa ver el capítulo “Propiedad” de este libro.

Decisión de la Corte

La Corte desestima la demanda y declara constitucional la norma acusada.

Extractos

[...]

El marco normativo dentro del cual se ubica la disposición acusada es, por una parte, la protección constitucional que demanda la Constitución para con la mujer cabeza de familia, y por otra, la ley 82 de 1993 “por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

[...]

Así pues, una de las formas mediante la cual la mujer se ha visto discriminada o excluida socialmente es por la creación y fijación de estereotipos culturales, que aparecen como una descripción “natural” de lo que “ella es” y lo que “ella debe ser”. Si bien se han experimentado cambios de gran calado en muy poco tiempo en lo que a la igualdad de género se refiere, el camino recorrido no ha sido suficiente. La situación en la que permanecen muchas mujeres y la existencia de múltiples estereotipos que tienden a discriminar a la mujer, demanda de todas las autoridades públicas cumplir y promover el mandato de respeto e igualdad consagrado en la Constitución Política específicamente en el artículo 43 y genéricamente en el artículo 13, tomando decisiones que sean sensibles a la situación y los intereses de las mujeres.

[...]

Como se indicó, uno de los roles que culturalmente se impuso a la mujer fue el de “encargada del hogar” como una consecuencia del ser “madre”, de tal suerte que era educada y formada para desempeñar las tareas del hogar, encargarse de los hijos y velar por aquellas personas dependientes, como los ancianos. Sin desconocer la importancia que juega toda mujer, al igual que todo hombre, dentro de su hogar, el constituyente de 1991 quiso equilibrar las cargas al interior de la familia, tanto en las relaciones de poder intrafamiliar, como en cuanto a los deberes y las obligaciones de las que cada uno es titular.

Suponer que el hecho de la “maternidad” implica que la mujer debe desempeñar ciertas funciones en la familia, ha llevado, por ejemplo, a que tengan que soportar dobles jornadas laborales: una durante el día como cualquier otro trabajador y otra en la noche y en sus ratos libres, desempeñando las labores propias de la vida doméstica. Esta imagen cultural respecto a cuál es el papel que debe desempeñar la mujer dentro de la familia y a cuál “no” es el papel del hombre respecto de los hijos, sumada al incremento de separaciones, así como al número creciente de familias sin padre por cuenta del conflicto armado y la violencia generalizada, trajo como consecuencia que una cantidad considerable de grupos familiares tuvieran una mujer como cabeza del mismo. Pero esta situación no termina en el hecho de que la mujer tiene que asumir en muchas ocasiones más labores que los hombres y responsabilizarse del grupo familiar sin la compañía de una pareja.

A esto se agrega que el acceso al mercado laboral estuvo cerrado por mucho tiempo a las mujeres y aún en ocasiones es limitado para ellas; hasta el punto de que cuando logra acceder a un trabajo, no son pocas las veces que el salario que recibe es menor al que se le paga a un hombre por realizar la misma labor en igualdad de condiciones.

Actualmente esta situación de desigualdad laboral continúa. Según la Encuesta de Salud Sexual y Reproductiva en Colombia realizada por Profamilia, en el año 2000 el 51,5% de las mujeres no trabajaba. De este grupo sólo el 11,3% había tenido trabajo durante los últimos 12 meses, el 40,2% restante no. Ahora bien, del 100% de mujeres encuestadas que no vivían en unión el 49,9% tenía trabajo, el 50,1% restante no. Y de este último grupo, tan sólo el 12,9% había tenido trabajo durante los últimos doce meses, el 37,2% restante no.

[...]

la situación sigue siendo semejante; inclusive el fenómeno descrito ha aumentado; según la Encuesta citada el 28% de los hogares tiene por cabeza una mujer (19% de los hogares rurales y 31,3% de los hogares urbanos). Una de las causas del aumento de esta situación es el conflicto armado, tal y como esta Corporación ya lo había señalado en la sentencia SU-1150 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En aquella ocasión la Corte analizó un caso en el que un grupo de desplazados alegaban que sus derechos estaban siendo violados por haber sido desalojados de un predio que se vieron en la necesidad de ocupar. En el fallo se valoró la situación de los desplazados, para lo cual hizo referencia al documento “Esta guerra no es nuestra: Niños y desplazamiento forzado en Colombia” (elaborado conjuntamente por Codhes, la Unión Europea y Unicef Colombia), en el que se muestra que el 53% de las personas desplazadas eran mujeres y niñas, y que las mujeres eran cabeza de familia en el 32% del total de los hogares.

[...]

Consciente del problema, y en desarrollo del mandato constitucional, el Congreso de la República expidió la ley 82 de 1993 mediante la cual definió el concepto de “mujer cabeza de familia” y fijó algunas medidas concretas de protección. Esta ley es el segundo elemento del marco normativo pertinente para analizar el alcance de la norma acusada en parte en el presente proceso.

En cuanto a la definición del concepto, el artículo 2° de la ley señala:

[...] entiéndase por mujer cabeza de familia, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar.

Una mujer es cabeza de familia cuando, en efecto, el grupo familiar está a su cargo. Aunque en el mismo artículo se incluye un párrafo en el que se indica que la mujer deberá declarar ante notario dicha situación, tanto cuando la adquiera como cuando la pierda, para efectos de prueba no es una condición que dependa de una formalidad jurídica. Con la categoría “mujer cabeza de familia” se busca preservar condiciones dignas de vida a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a cargo de ella, al tiempo que se pretende apoyar a la[s] mujer[es] a soportar la pesada carga que por razones sociales, culturales e históricas han tenido que asumir, abriéndoles oportunidades en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal y garantizándoles acceso a ciertos recursos escasos. Así, en la sentencia C-034 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) la Corte consideró que el artículo 2° de la ley 82 de 1993 no violaba el principio de igualdad así definiera “mujer cabeza de familia” sólo en función de la mujer “soltera o casada”, dejando de lado otros estados civiles como la unión libre, debido a que el estado civil no es lo esencial para establecer tal condición, sino el hecho de estar al frente de una familia, al cargo de niños o personas incapaces.

Las medidas concretas de apoyo establecidas en la ley 82 de 1993 son de diversa índole, entre ellas pueden citarse las siguientes: la adopción de reglamentos que garanticen su ingreso a la seguridad social (art. 4°), el aseguramiento a sus hijos del acceso a textos escolares (art. 5°), la creación de programas de capacitación gratuita (art. 8°) o la fijación de estímulos para que el sector privado cree programas especiales para las mujeres cabeza de familia (art. 10).

[...]

El apoyo especial a la mujer cabeza de familia es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad.

[...]

En este orden de ideas, no sería compatible con estas finalidades de inspiración igualitaria dentro de un Estado social de derecho, que las medidas de apoyo especial a las mujeres cabeza de familia fueran dirigidas principalmente a permitir que “cumplan bien su rol doméstico dentro del hogar”, puesto que ello constituiría una reproducción del estereotipo que precisamente está asociado a las desigualdades sociales que el constituyente quiso corregir. El apoyo especial garantizado por la Constitución en estos casos es aquel que permite a la mujer desarrollar libre y plenamente sus opciones de vida sin que ser cabeza de familia se constituya en un obstáculo o una carga demasiado pesada para ello. Se trata de impedir, por ejemplo, que ser cabeza

de familia le cierre opciones laborales a la mujer o que escoger una oportunidad de trabajo implique dejar de atender las responsabilidades que, tanto para los hombres como para las mujeres, significa ser cabeza de familia.

[...]

Cuestiones a debatir

Las cifras, hechos y argumentos que aporta la Corte Constitucional describen el alcance de la dependencia y la vulnerabilidad femenina en la región y son ofrecidos como justificaciones para las medidas legislativas de apoyo. Profundiza en los aspectos que deben ser tenidos en cuenta por los programas cuya finalidad sea facilitar las condiciones en las que las mujeres, con el apoyo del Estado, puedan adquirir mayor autonomía. Sin embargo, las políticas públicas reseñadas, antes que seguir estos derroteros, crean un modelo de seguridad familiar

[...] que por un lado favorece a un tipo particular de familia (la familia nuclear) y, por otro, discrimina a las mujeres de manera directa a través de la reproducción de ciertos roles de género que las deja a cargo del cuidado familiar.¹¹⁵

Los nuevos planes sociales buscan que sean las mujeres las que asuman el rol de provisión, pero, por seguir operando a la sombra de arquetipos que no se cuestionan, lo que hacen es consolidar la dependencia y generar una sobrecarga aún mayor en cabeza de las mujeres. Suponen además que las mujeres están dispuestas y disponibles para servir, aparte de sus familias, a la comunidad.¹¹⁶

Estos programas están lejos de ser el tipo de apoyo que es consciente de las dimensiones de la dependencia femenina y que es capaz de permitirle a la mujer desarrollar libre y plenamente sus opciones de vida, como estipula la Corte Constitucional colombiana.

Preguntas

1. Según el razonamiento de la Corte, ¿constituye la prisión domiciliaria de la mujer embarazada una acción afirmativa en favor de la mujer, o su propósito fundamental es asegurar las garantías legales y constitucionales de aquél cuya vida se gesta?

¹¹⁵ Ver Felipe Rivera, “Construcción de la familia en Latinoamérica: un análisis desde las políticas públicas y la norma” (mimeo 2005), citado en Guillermo Sunkel, “El papel de la familia en la protección social en América Latina”, *op. cit.*, p. 23.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 26.

2. ¿Cómo evalúa el argumento que afirma que este tipo de medidas disminuiría la dependencia de las mujeres?

3. ¿Concuerda con el argumento que ve en estas medidas la reproducción de roles sociales?

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA ACCIÓN COLECTIVA

En términos globales, los trabajos acerca de la actividad asociativa y los movimientos sociales revelan la subrepresentación femenina tanto en los sindicatos como en los partidos políticos.¹¹⁷ Esta misma situación se expresa en la apatía creciente que demuestran las mujeres frente a la acción política, en lo que se denomina la subpolitización femenina. Sin embargo, cuando la acción colectiva no convencional es entendida como una dimensión crucial de la actividad política, la presencia de las mujeres es notable. La participación de las mujeres en las revoluciones, las huelgas y los movimientos contestatarios ha sido ampliamente documentada,¹¹⁸ por eso no nos detendremos en ese aspecto. Lo haremos en relación con formas de participación *sui generis* surgidas en el contexto de las dramáticas circunstancias sociales y políticas de América Latina —las dictaduras en el Cono Sur en la década del setenta, las guerras civiles en Centroamérica en la del ochenta y el desplazamiento forzado en Colombia durante las últimas dos décadas— que gestaron una constante en la movilización femenina identificada como Madres.¹¹⁹ Este tipo de acción colectiva utilizó la maternidad como herramienta efectiva para la resistencia y cumplió —lo sigue haciendo, de hecho— una importante función en la transición hacia la democracia, en la resistencia y en la denuncia pública. Por esta razón es pertinente analizarlo como un claro ejemplo de ciudadanía activa y politización de ciertos roles sociales.

Para abordar estas formas de participación ciudadana de las mujeres es preciso primero enunciar la forma como algunas autoras del feminismo tratan de superar los límites que imponen el antiesencialismo y el liberalismo a la hora

¹¹⁷ Ver BID, *Moving into Power*, www.iadb.org/sds/doc/Prolead-MovingIntoPower-E.pdf.

¹¹⁸ Pierre Godineau, “Filles de la liberté et citoyennes révolutionnaires”, en Fraisse y Perrot, *Histoire des Femmes en Occident*, vol. 4, Perrin, Paris, 2002.

¹¹⁹ Las Madres de Plaza de Mayo iniciaron sus actividades a partir de la búsqueda de sus hijos e hijas desaparecidos durante la dictadura militar argentina entre los años 1976 y 1983. La Asociación Caminos de Esperanza Madres de la Candelaria tiene sus orígenes el 19 de marzo de 1999, con la idea de dar protección a 56 personas, mujeres y hombres afectados por el conflicto armado, por la desaparición forzada y el desplazamiento en Colombia. En El Salvador, el grupo Co-Madres se creó en 1977 y fue uno de los denunciadores más activos de las atrocidades cometidas por el gobierno y los militares. La Liga de Mujeres Desplazadas es una organización de mujeres sobrevivientes de la violencia en Colombia; nació hace ocho años y hoy es una organización de más de trescientas mujeres.

de explicar que ciertas circunstancias de la vida social propician el surgimiento de colectividades que, sin ser identidades fijas, permiten abordar el tema de la acción colectiva de las mujeres desde una perspectiva renovada. Iris Marion Young, por ejemplo, trabaja el tema de las mujeres como “serie”¹²⁰ y las mujeres como “grupo”. El colectivo mujeres concebido como “serie” no evidencia una experiencia común o un proyecto compartido; las mujeres vistas como serie refieren a las relaciones sociales estructuradas en las que son ubicadas por sus características biológicas.¹²¹ Por el contrario, el colectivo mujeres visto como “grupo” se expresa en ciertos niveles de existencia y de relación social entre las mujeres que, sin identificar aspectos específicos comunes a todas ellas, muestran una unidad producto de determinadas experiencias compartidas. Se desliga así el género de la identidad, incluso de la identidad comprendida en términos políticos —la que surge de la comunidad de valores, prácticas y significados—, y se sitúa en aspectos contingentes. “Como colectivo auto-consciente de personas con un objetivo común, que persiguen de manera conjunta, los grupos surgen con base en y en respuesta a una condición serial”.¹²²

Me sirvo de esta teoría para estudiar el ejercicio de la ciudadanía de grupos de mujeres latinoamericanas que por la experiencia común de la violencia estatal, paraestatal y política de la región durante las últimas décadas son ejemplos relevantes de participación política *sui generis*. Las madres en Argentina, El Salvador o Colombia eran un colectivo “serie” por el hecho biológico de la maternidad y se transformaron en un “grupo” por la experiencia común de pérdida de sus hijos. Su identificación como víctimas las hizo construir un proyecto y enarbolar una acción.

Cada una de nosotras comenzó buscando a su propio hijo o hija desaparecidos. Pero lentamente comenzamos a sentirnos madres de todos los desaparecidos, asumiendo como propios los miles que habían caído en las calles, en las montañas, en las selvas, combatiendo o alfabetizando. De a poco nos fuimos despojando en la Plaza de Mayo de la foto de nuestro hijo o hija particular para llevar el rostro de cualquier otro hijo. Después fuimos sacando el nombre y las fechas de desaparición de cada uno de ellos de nuestro pañuelo. Finalmente, bordamos en esos pañuelos blancos que nos identifican, la consigna “Aparición con vida”.¹²³

¹²⁰ Iris Maryon Young, *Gender as Seriality: Thinking About Women as a Social Collective*, *op. cit.*

¹²¹ *Ibid.*, p.735.

¹²² *Ibid.*, p.735. Traducción de la autora.

¹²³ AMPM 2002, en Elizabeth Borland, “Las Madres de Plaza de Mayo en la era neoliberal: ampliando objetivos para unir el pasado, el presente y el futuro”, *Colombia Internacional*, N° 63, enero-junio de 2006, p. 130.

Si bien la apelación a la maternidad corre el riesgo de esencializarlas —ellas mismas en su discurso parecieran hacerlo—, es clave, en este caso, separar el hecho biológico de la maternidad de su articulación política. Un elemento fundamental en el ejemplo de las “madres” es la metamorfosis de sus experiencias comunes en propósitos comunes. Esto generó su supervivencia una vez superadas las circunstancias que les dieron origen.

De igual manera, es preciso subrayar la forma como esta acción colectiva deja de ser una manifestación de una opinión para transformarse en una actividad capaz de decidir el curso de las decisiones políticas o jurídicas. Los fallos que siguen ilustran esta transición.

Las demandantes en el primer fallo y las víctimas protegidas en el segundo son mujeres, en el sentido de serie, cuyas experiencias las llevaron a formar grupos auto-conscientes y cuya acción social se ha ido transformando hasta erigirlas en actoras con capacidad real de influir en la toma de decisiones.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 13 de febrero de 2001

Problema jurídico

¿Los actores cuyo derecho vulnerado es el derecho a la verdad, están legitimados a imponer amparos?

Hechos

Familiares de desaparecidos durante el Proceso de Reorganización Nacional a los que adhirieron legisladores, Madres de Plaza de Mayo y el defensor del pueblo, promovieron una acción de amparo tendiente a impedir la demolición del edificio de la Escuela de Mecánica de la Armada. Tras la demolición, se pretendía crear en el lugar de la Escuela un espacio verde. El grupo mencionado arriba invocó el derecho colectivo a la preservación del patrimonio cultural y al esclarecimiento de la verdad.

Decisión de la Corte

La Corte concede el recurso extraordinario y confirma la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que había confirmado la sentencia del Magistrado de la instancia, y declaró la inconstitucionalidad del art. 3° del dec. 8/98. En consecuencia, se impidió la demolición del edificio.

Extractos

[...]

Que, a los efectos de una más ordenada exposición de los temas que serán considerados por el Tribunal, ha de puntualizarse que la presente acción fue deducida por familiares de personas supuestamente desaparecidas en la Escuela de Mecánica de la Armada durante el último gobierno militar, con el propósito de impedir la demolición del edificio en que ésta tenía su sede, en razón del traslado de dicha escuela a la Base Naval de Puerto Belgrano. Los demandantes —a los que después adhirieron algunos legisladores, un sector de la agrupación de Madres de Plaza de Mayo y el defensor del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires—, cuestionaron la constitucionalidad del decreto 8/98 desde dos perspectivas. Por un lado, invocaron su derecho a preservar el lugar donde sus familiares estuvieron detenidos y habrían eventualmente fallecido. Por el otro, alegaron en su favor un derecho de incidencia colectiva, fundado en el art. 41 de la Constitución Nacional, que ordena a “las autoridades” proveer protección del patrimonio cultural.

[...]

Que la Cámara de Apelaciones efectuó una interpretación de lo dispuesto en el art. 41 de la Constitución Nacional y en la ley 21836 —que aprobó la convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas celebrada en París el 16 de noviembre de 1972— y juzgó que dichas normas debían ser examinadas “en armonía con la legislación propia de cada país”. Bajo esa óptica, consideró lo prescripto por la ley 12665 con las modificaciones introducidas por la ley 24252 y concluyó que para que un inmueble como el que motiva este litigio

[...] sea declarado monumento histórico integrante del patrimonio cultural de la Nación, no basta la mera voluntad de sus habitantes sino que se requiere de una declaración expresa de la autoridad competente, en el caso la legislativa, con el asesoramiento previo de personas idóneas para realizar una valoración histórica del bien.

En ese aspecto, estimó que asistía razón al Estado Nacional cuando, al invocar la inexistencia de ley que declarase a ese edificio monumento histórico, afirmó que no existía violación al deber de preservar el patrimonio cultural que el art. 41 de la Constitución Nacional pone en cabeza de las autoridades.

[...]

Que en cambio, decidió el a quo que el amparo debía prosperar en protección del derecho de esclarecer la verdad de lo sucedido en el edificio donde funcionó la Escuela de Mecánica de la Armada y conocer así el destino de las personas desaparecidas en ese ámbito. Para arribar a esa conclusión, ponderó lo resuelto por este tribunal en

la causa “Urteaga” —Fallos: 321:2767 (La Ley, 1998-F, 237/302; 1999-A, 214/264; RCys, 1999-1086)— (sentencia del 15 de octubre de 1998) y, en aplicación de los principios allí enunciados, especialmente con cita de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y de los votos de los jueces Fayt, Belluscio, Petracchi, López y Bossert, juzgó indudable el derecho de los amparistas P. de L. y B. de B. de “conocer el destino de sus familiares desaparecidos” y, en caso de haber fallecido, las circunstancias en que ello habría ocurrido y el destino de sus restos. Con relación a los restantes amparistas, expresó que “aparece manifiesto su derecho (y el de la comunidad toda), a conocer la verdad histórica”, derecho que podría verse severamente afectado en caso de concretarse la demolición del edificio en cuestión.

[...]

Que, en las condiciones descriptas, la acción de amparo fue admitida por el a quo sólo desde la perspectiva del derecho que asiste a los familiares de personas presuntamente desaparecidas en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada, y de la comunidad toda, de conocer la verdad histórica respecto de tales hechos. Por lo tanto, el examen del recurso extraordinario deducido por el Estado Nacional deberá efectuarse teniendo en cuenta únicamente su aptitud para controvertir tal conclusión, ya que la Cámara de Apelaciones desestimó la pretensión de que el edificio fuera preservado con fundamento en la obligación impuesta a las autoridades por el art. 41 de la Constitución Nacional, en armonía con la legislación nacional aplicable (leyes 21836 y 12665, modificada por la ley 24252).

[...]

Que, por otro lado, el Estado Nacional no ha controvertido idóneamente la legitimación de los actores, en el marco en que la acción fue admitida por el a quo, la cual encuentra, además —y en lo pertinente—, adecuado sustento en los principios que fundan lo resuelto por esta Corte en la causa “Urteaga”. Cabe añadir que tampoco la recurrente ha formulado crítica alguna respecto del reconocimiento del derecho de los demandantes a conocer la suerte corrida por las personas desaparecidas en la Escuela de Mecánica de la Armada, en el que fundaron su legitimación procesal para solicitar la preservación del ámbito físico en que ésta funcionaba. Esa omisión cobra mayor relevancia ante la existencia de acciones judiciales en trámite —ponderadas por el a quo—, tendientes a obtener en concreto la satisfacción del interés protegido por la sentencia recurrida.

Por ello, y —en lo pertinente— lo dictaminado por el Procurador General de la Nación, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario deducido y se confirma la sentencia recurrida, con costas.

Corte Constitucional de Colombia **Auto 200 de 2007**

Problema jurídico

¿Cómo se determina la presunción de riesgo en el caso de la Liga de Mujeres Desplazadas?

Hechos

La sentencia T-025 de 2004, considerada la de mayor importancia hasta la fecha en el tema de desplazados por la violencia en Colombia, agrupó muchas otras que se referían al mismo tema. Con el fin de procurar una mayor efectividad en la protección de los derechos constitucionales de los grupos marginados por la violencia, ordenó medidas específicas, abordó temas como la insuficiencia de recursos para la implementación de políticas de atención a la población desplazada, y con miras a la protección de sus derechos delimitó un rango de colaboración armónica entre las ramas del poder público. El auto 200-07, cuyo antecedente es la sentencia citada, tiene como objeto hacer un proceso de seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en el fallo mencionado, manteniendo en cabeza de la propia Corte Constitucional la competencia para verificar que las autoridades efectivamente adopten las medidas necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas desplazadas, ya que al mismo Magistrado Sustanciador de la sentencia de tutela le llegaron denuncias sobre cómo los derechos a la vida y seguridad personal de la población desplazada en general y en particular de líderes y representantes de la población se encontraban en situación de riesgo grave y excepcional para sus vidas, relacionadas directamente con su “situación de desplazamiento relacionada en la mayoría de los casos con su condición de líderes o representantes de la población desplazada”.

El auto referido menciona varios casos individuales puestos en conocimiento de la Corte y para los cuales se ordenan medidas concretas en la providencia. Dentro de éstos se encuentra descrito, en cuarto lugar, el caso de las líderes e integrantes de la Liga de Mujeres Desplazadas.

La Liga de Mujeres Desplazadas es una organización que agrupa en la actualidad a más de 500 personas en situación de desplazamiento; adelanta acciones de organización, acción social y reivindicación de derechos fundamentales en el distrito de la ciudad de Cartagena y algunos municipios del departamento de Bolívar. Sus denuncias incluyen amenazas constantes, ataques a sus miembros y a sus núcleos familiares, incluidas golpizas, violaciones, desapariciones forzadas y en varios casos la muerte. Las razones por las que, a criterio de esta organización, están siendo atacadas, son: “las consideran un obstáculo para los procesos de posicionamiento y de control social, económico y político” (de los grupos armados), así como que

el panorama actual de la zona “configura un escenario de riesgo para las mujeres organizadas de la Liga de Mujeres Desplazadas, familiares y demás personas involucradas en sus planes y proyectos”.

Decisión

Reitera la obligación del Gobierno nacional de adoptar medidas inmediatas de protección para la Liga de Mujeres Desplazadas, quienes cumplen con la presunción constitucional de riesgo individual “que les ampara como líderes y representantes de la población desplazada por la violencia en el departamento de Bolívar”.

Extractos

[...]

Existe una *presunción de riesgo*, que debe ser observada por las autoridades para resolver si una persona en condición de desplazamiento efectivamente afronta una amenaza para sus derechos y cuál deberá ser entonces la medida de protección a adoptar. Las condiciones que activan la presunción de riesgo son: (a) la presentación de una petición de protección a la autoridad por parte de una persona desplazada, (b) la petición efectivamente fue conocida por la autoridad competente, (c) la petición presenta información que demuestra, prima facie, que la persona es efectivamente desplazada por la violencia, para lo cual bastan las remisiones efectuadas a las Instituciones Prestadoras de Salud en la cual se acredita la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada, y (d) en la información presentada se alude de manera específica a una amenaza puntual para la vida e integridad del peticionario o de su familia, o de un acto de violencia contra los mismos, relacionando hechos concretos que indiquen que fue objeto de amenazas o ataques. La descripción de los hechos efectuada por el peticionario debe ser, por lo menos, consistente y verosímil, y en caso de que la autoridad considere que el relato no es consistente o es falso, compete a la autoridad demostrar por qué llega a esa conclusión, efectuando las investigaciones a las que haya lugar.

[...]

Las autoridades deben prestar una atención particular a los casos en los cuales quienes solicitan protección son sujetos de especial protección constitucional, tales como indígenas, afrocolombianos, personas de la tercera edad, madres cabeza de familia, menores de edad, docentes amenazados, personas con discapacidad, personas con orientación sexual diversa, defensores de derechos humanos, entre otros. Los casos concretos que se han puesto en conocimiento de la Corte indican que, según alegan los interesados y según la documentación por ellos aportada a esta Corte, las autoridades encargadas de garantizar el goce efectivo de los derechos a la vida y seguridad personal de las personas desplazadas no han dado cumplimiento a los deberes que recaen sobre ellas en virtud de la presunción de riesgo que ampara a los

peticionarios. Para [...] evitar que se consuman los riesgos que penden sobre la vida y la seguridad personal de los peticionarios relacionados en acápite subsiguiente de este Auto, cuya objetividad se ha demostrado ante la Corte Constitucional y no ha sido desvirtuada en forma fehaciente o cuidadosa por las autoridades competentes, se adoptarán en la presente decisión medidas específicas de protección para su situación, como medios indispensables para proteger los derechos fundamentales en juego, en el marco del proceso de seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia T-025 de 2004, y sin perjuicio de las órdenes generales que también se impartirán en la presente providencia para conjurar las fallas reiterativas que se ha demostrado afectan el sistema de protección en vigor.

[...]

Las directivas y representantes de la Liga de Mujeres Desplazadas, especialmente las que habitan la Ciudad de las Mujeres en Turbaco (pero sin limitarse a éstas), han probado ante la Corte Constitucional que cumplen con las condiciones que activan la presunción constitucional de riesgo individual que les ampara como líderes y representantes de la población desplazada por la violencia en el departamento de Bolívar. En efecto, (a) han presentado numerosas peticiones de protección a las autoridades estatales de todo nivel, (b) las peticiones han sido efectivamente conocidas por las autoridades competentes, (c) las peticiones han presentado información que demuestra claramente que son personas desplazadas por la violencia, (d) la información que han presentado ante las autoridades demuestra la existencia de amenazas ciertas y puntuales contra su vida e integridad personal y las de sus familia, que se han materializado trágicamente en varias oportunidades, mediante descripciones no sólo consistentes y verosímiles sino comprobadas objetivamente por hechos de conocimiento de las autoridades. Las mismas autoridades, específicamente la Defensoría del Pueblo, así como instancias internacionales de protección de los derechos humanos, han advertido sobre la gravedad del riesgo que pende sobre estas ciudadanas.

Como consecuencia de la aplicación de esta presunción constitucional a las directivas y representantes de la Liga de Mujeres Desplazadas de Bolívar en sus condiciones actuales, se encuentra activa la obligación estatal, en cabeza del Programa de Protección del Ministerio del Interior, de adoptar una medida de protección para cada una de ellas que sea (a) adecuada fácticamente a las circunstancias de cada uno de sus casos tal y como se han reseñado en el acápite precedente y se documentan en el Anexo 4 de la presente Providencia, circunstancias que han de ser objeto de una cuidadosa consideración por parte del Ministerio al momento de definir el alcance de la medida; (b) eficaz para proteger su vida, seguridad e integridad personal y la de su familia, en el sentido de que sea oportuna e idónea para alcanzar el objetivo de protección a la luz de las circunstancias reales de riesgo que afronta cada peticionario; y (c) adecuada temporalmente, es decir, debe mantenerse en aplicación

mientras subsista el riesgo extraordinario que pende sobre cada una de estas líderes y representantes.

[...]

Como medida urgente de protección, para efectos de prevenir la consumación del riesgo que se ha acreditado contra la vida y seguridad personal de las directivas y representantes de la Liga de Mujeres Desplazadas se ORDENA al Director del Programa de Protección del Ministerio del Interior y de Justicia que aplique en sus casos la presunción constitucional de riesgo que les ampara como líderes y representantes de la población desplazada. En consecuencia, el Director del Programa de Protección deberá, dentro del término estricto e improrrogable de quince (15) días hábiles contados a partir de la comunicación de la presente providencia, adoptar una medida de protección para cada una de ellas que sea (a) adecuada fácticamente a las circunstancias de cada uno de sus casos tal y como se han reseñado en el acápite III-4 de la parte motiva y en el Anexo 4 de la presente Providencia, circunstancias que han de ser objeto de una cuidadosa consideración por parte del Ministerio al momento de definir el alcance de la medida; (b) eficaz para proteger su vida, seguridad e integridad personal y la de sus familias, en el sentido de que sea oportuna e idónea para alcanzar el objetivo de protección a la luz de las circunstancias reales de riesgo que afronta cada peticionaria; y (c) adecuada temporalmente, es decir, debe mantenerse en aplicación mientras subsista el riesgo extraordinario que pende sobre cada una de estas líderes y representantes. Al momento de impartir las medidas de protección que cumplan con las características señaladas, el Ministerio habrá de comunicarle expresamente su decisión a cada una de las beneficiarias, justificando con total claridad fáctica y jurídica por qué la medida correspondiente cumple con los requisitos recién enunciados de adecuación fáctica, eficacia y adecuación temporal. En tanto actos administrativos, estas decisiones estarán sujetas a los recursos de ley, para efectos de permitir la participación activa de cada beneficiaria en el diseño e implementación de las medidas impartidas para proteger su vida y seguridad personal y la de su familia.

El término de quince (15) días hábiles a partir de la comunicación del presente Auto para finalizar el proceso de evaluación, diseño e implementación efectiva de las medidas de protección requeridas por las directivas y representantes de la Liga de Mujeres Desplazadas, es improrrogable. Se advierte al destinatario de la orden que, en virtud de decisión de la Sala Segunda de Revisión del día trece (13) de agosto del año en curso, la Corte Constitucional ha reasumido la competencia para garantizar el cumplimiento de las órdenes impartidas en el marco del proceso de seguimiento de la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento interno. Por lo mismo, la Corte Constitucional-Sala Segunda de Revisión será, en lo sucesivo, el juez competente para tramitar los incidentes de desacato a los que hubiere lugar en virtud del decreto 2591 de 1991.

Cuestiones a debatir

Los movimientos de mujeres han cumplido una función de resistencia crucial en la transición hacia la democracia. Por eso es relevante analizarlos desde la perspectiva de la participación a través de la politización de sus roles sociales.¹²⁴ Sin embargo, a pesar de la centralidad de su acción, es preciso anotar que los trabajos tradicionales sobre la transición a la democracia no han sido sensibles a los temas de género. Se habla de defensores de los derechos humanos como “individuos”, sin tener en cuenta que la mayoría de activistas eran mujeres, que lo hacían en su papel de madres y utilizaban la maternidad como instrumento, empleando un lenguaje inconfundible en sus reclamos, con consignas como “parir rebeliones” o “nuestros hijos nos parieron”,¹²⁵ por ejemplo.

Cuando la jurisprudencia aborda la legitimación de estos actores, también es difícil encontrar que ésta subraye los aspectos de género. En la jurisprudencia colombiana, las mujeres son definidas a partir de su vulnerabilidad coyuntural que, por cierto, comparten con otros grupos.

Finalmente, vale la pena señalar que algunos estudios dan cuenta de que la participación de las mujeres en movimientos contestatarios mixtos, o no gestados por ellas mismas, está determinada por las mismas condiciones que su participación en otros planos de su vida social. La lógica de la división sexual se reproduce: estas mujeres tampoco hacen parte de los cuadros directivos y corren los mismos riesgos de acoso sexual, violencia y violación por parte de sus “camaradas”¹²⁶ que las que participan en contextos de acción convencionales.

Preguntas

1. ¿Qué razones se aducen en el primer caso para que prospere el argumento a favor del derecho a esclarecer la verdad, y no el que está a favor de la preservación del patrimonio nacional?

¹²⁴ Ver, al respecto, Georgina Waylen, “Women and Democratization: Conceptualizing Gender Relations in Transition Politics”, *World Politics*, vol. 46, N° 3, abril de 1994.

¹²⁵ Frase empleada por Nora Cortiñas para explicar que las madres dieron a luz a sus hijos físicamente, pero que los desaparecidos parieron a las madres en un sentido político. Nora Cortiñas, “Remarks from a Panel Discussion” (Universidad de Buenos Aires, 2002), citado en Elizabeth Borland, “Las Madres de Plaza de Mayo en la era neoliberal: ampliando objetivos para unir el pasado, el presente y el futuro”, *Colombia Internacional*, N° 63, enero-junio de 2006, p. 143.

¹²⁶ J. Falquet, “Trois questions aux mouvements sociaux progressistes: Apports de la théorie féministe à l’analyse des mouvements sociaux”, *Nouvelle Questions Feministes*, vol. 24, N° 3, 2005.

2. ¿Se le ocurren algunos ejemplos adicionales de actividades femeninas que puedan caer en la categoría de género como serie y grupo que plantea Young?

3. ¿Cómo se construye el argumento de la identidad política del grupo al que se le otorga legitimación activa y protección especial en los dos casos? ¿En qué se diferencia este argumento de los que expresa el feminismo liberal?

Capítulo dos TRABAJO

*Paola Bergallo y Natalia Gherardi*¹

La incorporación masiva de las mujeres al trabajo fuera del hogar, a partir de la segunda mitad del siglo XX, puso de manifiesto el grado de desigualdad que debían afrontar. La exclusión de ciertos oficios y profesiones, la segregación en determinados tipos y niveles de trabajo y las limitaciones en el acceso y progreso en el empleo, sin embargo, no era nuevo.² La regulación vigente desde principios de siglo en materia de trabajo, tanto en el ámbito internacional³ como en el nacional, no tenía por objeto asegurar la participación de las mujeres en el mercado laboral en condiciones de igualdad: estaba vinculada a su protección respecto de trabajos penosos o insalubres con el fin de preservar su salud —en realidad, su capacidad reproductora—, proteger su debilidad física y el bienestar de su familia. Esta reglamentación ocultaba el paternalismo propio de sociedades que circunscribían a la mujer a su rol de madre y la diferenciaban de la generalidad de los trabajadores, que se asumían varones.⁴

¹ Profesoras de las universidades de San Andrés y Buenos Aires, Argentina, respectivamente. Agradecen la colaboración de Damían Azrak, María Lucía Capdevila, Gloria Orrego, y Luciana Valansi en la investigación de jurisprudencia y antecedentes para la preparación de este capítulo.

² Virginia Woolf, *Tres guineas*, Editorial Femenino Lumen, Buenos Aires, 1999; Nicole Arnaud-Duc, “Las contradicciones del derecho”, en *Historia de las mujeres, Tomo 4. El siglo XIX*, Editorial Taurus, Madrid, 2000, pp. 109-148; Joan W. Scott, “La mujer trabajadora en el siglo XIX”, en *Historia de las mujeres, Tomo 4. El siglo XIX*, Editorial Taurus, Madrid, 2000, pp. 427-461.

³ En las normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), desde su creación en 1919.

⁴ Una de las consecuencias de la concepción del trabajador como trabajador varón, es la vin-

La segunda ola del feminismo⁵ enfatizó la importancia de la distinción entre lo público y lo privado, definiendo y diferenciando el trabajo productivo y el reproductivo con el objeto de analizar y encontrar soluciones a las cuestiones que entonces denunciaba el feminismo: la invisibilidad del trabajo de las mujeres y su concentración en la esfera reproductiva y no remunerada; los efectos que esta concentración tenía en las condiciones laborales de las mujeres, sus expectativas y posibilidades a lo largo de su ciclo vital; y, por último, se propuso confrontar estas circunstancias con la amplia presencia masculina en el trabajo remunerado y con las consecuencias de esto en las relaciones de género.

El trabajo remunerado y sometido a las condiciones del mercado es lo que se conoce como ocupación o empleo.⁶ El mercado de trabajo —su oferta y su demanda— es el que define la situación de las personas frente al empleo remunerado, su capacidad de percibir ingresos por esa fuente, su posibilidad de acceder a la seguridad social, las condiciones para la distribución de recursos entre los miembros de la familia en el hogar, y la capacidad tributaria de las personas.

Diversos aspectos confluyen para permitir la inserción de los individuos en el mercado de trabajo remunerado: primero, la división sexual del trabajo dentro y fuera del hogar; segundo, el nivel y control de los recursos del hogar; tercero, la existencia de bienes y servicios reproductivos al alcance del hogar y de prestaciones relacionadas con el cuidado de sus miembros; y cuarto, las características del mercado de trabajo asociadas o determinadas por el ambiente económico.

culación que durante el transcurso del siglo XX existió entre los derechos laborales y los derechos sociales en América Latina, ya que éstos eran consecuencia de aquéllos: los Estados otorgaban cobertura de los derechos sociales básicos a través de los asalariados del sistema, y mediante estos titulares de derechos laborales y sociales se otorgaba cobertura a las mujeres —protegidas por el vínculo matrimonial— y demás integrantes de su familia. Las mujeres solas, en este contexto, no tenían cobertura, a menos que ellas mismas hubieran ingresado al mercado de trabajo. Ver Laura Pautassi, “El impacto de las reformas estructurales y la nueva legislación laboral sobre la mujer en la Argentina”, en Haydee Birgin, comp., *Ley, mercado y discriminación. El género del trabajo*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000.

⁵ El feminismo liberal clásico corresponde a la primera ola del feminismo, que tiene sus raíces en la reivindicación de los derechos de las mujeres en el marco de la Revolución Francesa, y fue también el principal apoyo teórico de los movimientos sufragistas de los siglos XIX y XX. Para una descripción general de las corrientes y teorías feministas, ver, en general, Isabel Cristina Jaramillo, “La crítica feminista al derecho”, en Robin West, *Género y teoría del derecho*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2000, y sus numerosas citas.

⁶ Sobre las diferencias conceptuales entre trabajo productivo y trabajo reproductivo, y su análisis desde la historia, la economía y la sociología, ver, en general, C. Borderías, C. Carrasco y C. Alemany, comps., *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*, Icaria Editorial, Madrid, 1994.

El trabajo reproductivo o doméstico comprende todas aquellas actividades no remuneradas que se realizan en el hogar, y que cualquier persona distinta de la que habitualmente cumple con ellas —por su calidad de miembro de la familia— podría hacerlas. El esfuerzo por visibilizar el trabajo de las mujeres a partir de la década del ochenta incluyó también su contabilización estadística, por lo que durante las siguientes décadas se multiplicaron los reclamos con miras a que el trabajo reproductivo no remunerado fuera incorporado a las cuentas nacionales y al cómputo de la población activa.

En tanto no existen restricciones naturales para la inserción plena de las mujeres en el mundo del trabajo remunerado, la discriminación persistente y la desigualdad en el empleo sólo se explican si se atiende a las imágenes estereotipadas sobre las mujeres y los varones y a los roles asignados a cada uno, a las dificultades para lograr acuerdos de responsabilidades domésticas compartidas, a la ausencia de una reglamentación en la región en la que los Estados exijan que los empleadores, públicos o privados, provean servicios de cuidado, y a la doble jornada laboral que enfrentan mayoritariamente las mujeres —resultante de la suma del trabajo remunerado y el trabajo doméstico—.

Una manera de analizar las discriminaciones en el ámbito del empleo remunerado consiste en revisar los patrones de segregación horizontal y vertical en la ocupación, que indican que los varones y las mujeres suelen trabajar en sectores diferentes de la economía y ocupar cargos distintos dentro del mismo grupo profesional.⁷ La segregación en la ocupación suele considerarse como una prueba de la desigualdad, ya que incluye aspectos de la estratificación social en cuanto al poder, las calificaciones profesionales o técnicas y las ganancias. Todos estos factores están relacionados entre sí y se pueden tomar como indicadores de las ventajas o desventajas sociales. La segregación en la ocupación por razón de sexo ha sido más perjudicial para las mujeres que para los hombres: las ocupaciones consideradas femeninas generalmente son menos atractivas, tienden a ser peor remuneradas, a tener categorías inferiores y menos posibilidades de ascenso.⁸ Factores sociales, culturales, históricos y económicos determinan el alcance y los modelos de segregación en la ocupación: las pautas sociales y los estereotipos sobre los hombres y las mujeres, la vida familiar y la vida laboral;

⁷ Para una sistematización de los distintos argumentos y teorías que explican la segregación vertical y horizontal de las mujeres en el empleo, ver Paola Bergallo, “¿Un techo de cristal en el poder Judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires”, en Luisa Cabal y Cristina Motta, comps., *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina*, Siglo del Hombre Editores, Center of Reproductive Rights y CESO, 2006, pp. 153-157.

⁸ Se producen similares procesos discriminatorios respecto de la raza, el origen étnico, la edad y la invalidez, entre otros, que redundan en la desvalorización y segregación de grupos de trabajadores en puestos de trabajo y con condiciones laborales menos favorables.

la educación y la formación profesional; los regímenes fiscales y de seguridad social, y las políticas e instituciones de bienestar social; la estructura del mercado de trabajo, incluida la dimensión de la economía informal, y la discriminación en el acceso al mercado de trabajo.

En los últimos sesenta años la legislación laboral ha evolucionado hacia formas que, antes que buscar la protección del trabajo de las mujeres, han tendido a asegurar la igualdad sustancial entre trabajadores y trabajadoras. Para ello se han incorporado prohibiciones legales expresas contra la discriminación y, en ocasiones, medidas particulares para promover el empleo de los integrantes de ciertos grupos tradicionalmente subrepresentados en la fuerza de trabajo.⁹ Sin embargo, las desigualdades subsisten.

En este capítulo se presentarán las distintas formas de discriminación que actualmente enfrentan las mujeres en el ámbito del trabajo remunerado, y las respuestas que los tribunales de justicia han brindado en la aplicación de las normas vigentes.

La aplicación de la protección que las normas internacionales y nacionales otorgan a los trabajadores y trabajadoras se limita a los empleos registrados de la economía formal. Las altas tasas de empleo no registrado, presentes en la mayoría de los países de América Latina, dan cuenta de esta limitación, particularmente relevante en el caso de las mujeres, pues éstas generalmente se encuentran sobre-representadas en el empleo informal.¹⁰ El trabajo informal incluye trabajadores y trabajadoras por cuenta propia —en pequeños emprendimientos comerciales o empresas no registradas— y a los trabajadores y trabajadoras asalariados en

⁹ La intervención del Estado a través de esta clase de normas enfrenta todas las limitaciones propias del derecho, a las que deben agregarse las objeciones que despierta tal intervención en el contexto de las posiciones liberales contemporáneas. En ese sentido, ver John Gardner, “Liberals and Unlawful Discrimination”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, N° 1, pp. 259-280; Bob Hepple and Erika Szyszczak, eds., *Discrimination: The Limits of the Law*, Mansell Publishing Limited, 1994; Cass Sunstein, “Why Markets don’t Stop Discrimination”, en Paul Miller & Paul eds., *Reassessing Civil Rights*, Blackwell, Cambridge, 1991; Christopher McCrudden, ed., *Anti-Discrimination Law*, Dartmouth, New York, 1991.

¹⁰ El empleo informal comprende el 51% del empleo no agrícola de América Latina. En aquellos países que incluyen en sus estadísticas el empleo informal del sector agrícola, el empleo informal total se incrementa, como en el caso de México, que pasa de representar el 55% del empleo al 62%. En los países en desarrollo el trabajo informal es generalmente una fuente de trabajo más importante para las mujeres que para los trabajadores varones. En América Latina —excluido el trabajo agrícola— el 58% de las mujeres trabaja en el sector informal, comparado con el 48% de los trabajadores varones. Ver *Women and Men in the Informal Economy: A Statistical Picture*, OIT, Ginebra, 2002. Con especial referencia a América Latina, ver también Juan Diego Trejos, “*El trabajo decente y el sector informal en los países del istmo centroamericano*” (documento preliminar), OIT, San José, diciembre de 2001, citado en Janina Fernández-Pacheco, “Brechas en los derechos laborales de las mujeres en América Central”, OIT, San José, 2003.

empleos no registrados o sin cobertura social. Con respecto a las trabajadoras por cuenta propia, y a las mujeres que trabajan en sus domicilios, un estudio de la OIT señala que la situación de informalidad en la que se encuentran y la falta de poder de negociación son similares:¹¹

Los problemas y restricciones a que se enfrentan las trabajadoras por cuenta propia y las que trabajan en casa son bastante diferentes aunque es característico que ambas carezcan de poder de negociación y tengan que proveerse su propia protección social. A menudo, las circunstancias obligan a las mujeres que trabajan a domicilio a hacerlo con salarios bajos, sin contratos seguros ni beneficios suplementarios, y teniendo que cubrir algunos de los costos de producción [...] La mayoría de las trabajadoras por cuenta propia que realizan su trabajo en el hogar, excepto las profesionales de nivel alto, se enfrentan a limitaciones para acceder y competir en los mercados relevantes. Para mejorar su situación, las trabajadoras a domicilio necesitan fortalecer su capacidad de negociación para conseguir pedidos de trabajo con regularidad, precios por pieza más altos y que no se les retrase el pago (lo cual es un problema muy común para este tipo de trabajadoras en todo el mundo); mientras que las trabajadoras por cuenta propia que trabajan en su hogar deberían tener mejor acceso a los mercados financieros y una mayor capacidad para competir en los mercados de productos. En efecto, las trabajadoras a domicilio a menudo se enfrentan a problemas de explotación, mientras que las que trabajan por cuenta propia frecuentemente afrontan problemas de exclusión. Las estrategias para resolver los problemas de explotación en los mercados laborales, como, por ejemplo, la negociación colectiva para conseguir salarios más altos, son diferentes de las estrategias para resolver los problemas de exclusión de los mercados de capital y de productos, como sería la posibilidad de acceder a servicios financieros, de comercialización y de asesoría técnica empresarial.

La relevancia del trabajo informal y sus efectos en las mujeres ha sido tema de preocupación para el comité de la CEDAW, tal como se refleja en las recomendaciones hechas al Estado de Perú:¹²

El Comité observa con preocupación que persiste la discriminación por motivos de género en el mercado de trabajo, incluyendo un limitado acceso de las mujeres al empleo, la baja calidad del mismo y su acceso reducido a los recursos y a las nuevas tecnologías. Asimismo, le preocupa al Comité la discriminación salarial y la segrega-

¹¹ “Women and Men in the Informal Economy: A Statistical Picture”, OIT, Ginebra, 2002, citado en *Igualdad de género: la lucha por la justicia en un mundo desigual*, Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social, México D.F., 2006.

¹² Disponible en www.manuela.org.pe/doc-vigilancia/CEDAWC.doc.

ción vertical y horizontal. Preocupa al Comité las condiciones precarias de las trabajadoras en el sector informal o a tiempo parcial, sin protección laboral, sin acceso a la seguridad social y sin el debido respeto a sus derechos laborales. También preocupa al Comité que la legislación para prevenir la discriminación laboral parece basarse tan sólo en sanciones penales y no existen recursos civiles adecuados.

I. FORMAS Y SUSTANCIAS DE LA IGUALDAD

Como lo señala el capítulo “Ciudadanía” de este libro, las preocupaciones del feminismo liberal clásico en el siglo XIX se concentraron en la eliminación de las desigualdades formales entre varones y mujeres.¹³ A principios del siglo XX, en el marco del trabajo remunerado, los reclamos por el pleno acceso a los derechos de ciudadanía fueron acompañados por la lucha de un selecto grupo de mujeres por la eliminación de las restricciones a las posibilidades de acceder a la academia y luego al ingreso a las profesiones. Sin embargo, con el desarrollo y apogeo de la segunda ola del feminismo, fue claro que la eliminación de las barreras formales en las normas vigentes era insuficiente para alcanzar una igualdad sustantiva entre mujeres y varones en el mercado de trabajo: la persistencia de la segregación en el empleo, tanto vertical como horizontal, hizo manifiesta la necesidad de contar con otras herramientas que posibilitaran la igualdad real de las mujeres en el trabajo remunerado, tanto en el acceso a los puestos de trabajo como en el transcurso de la relación laboral ya establecida. En ese contexto, los reclamos de las mujeres por la modificación de regulaciones laborales discriminatorias se complementaron con los reclamos por el establecimiento de ciertas medidas de acción afirmativa presentadas como una de las soluciones posibles para el problema persistente de la desigualdad.

Hoy la cultura imperante está atravesada por construcciones de género que determinan la contratación, promoción y oportunidades brindadas a las mujeres en términos de capacitación y procesos de evaluación de desempeño. Esta discriminación se expresa en brechas identificables entre la situación de los varones y de las mujeres en materia de trabajo.¹⁴ Entre estas brechas se encuentran: primero, un menor nivel de ingreso en términos de la cantidad de mujeres que se incorporan al mercado de trabajo remunerado; segundo, un menor salario promedio de las mujeres frente al de los varones, por el mismo

¹³ John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill, *Ensayos sobre la igualdad de los sexos*, Editorial Mínimo Tránsito, Madrid, 2000.

¹⁴ Ver la investigación del World Economic Forum correspondiente al año 2006 con respecto a la brecha de género en los países de América Latina en áreas como participación económica y oportunidades, educación, salud y participación política: *The Global Gender Gap Report 2006*, World Economic Forum, Ginebra, 2006.

trabajo;¹⁵ tercero, una menor cantidad de mujeres que ascienden a puestos de dirección en proporción a los varones; cuarto, la circunstancia de que las mujeres, en promedio, acceden menos a las oportunidades de capacitación laboral; y quinto, el hecho de que el tipo de empleo al que acceden las mujeres da cuenta de una segmentación por género del mercado laboral.¹⁶

A pesar de las desigualdades, no ha habido una cantidad significativa y proporcional de reclamos por discriminación ante los tribunales de justicia latinoamericanos. Esto puede obedecer a diversos motivos, entre otros, a las dificultades que enfrentan en general grandes segmentos de la población para acceder a la justicia¹⁷ y, en particular, a los altos niveles de desocupación y a la precariedad e informalidad del empleo remunerado, que en los países de la región afecta tanto a varones como a mujeres.¹⁸

¹⁵ De acuerdo con los datos publicados por el World Economic Forum, entre 115 países relevados en áreas como participación económica y oportunidades, educación, salud y participación política, los resultados para América Latina ubican a los países de la región en el puesto 21, en el mejor de los casos —es el caso de Colombia o Costa Rica, 29 del *ranking*— y 95 —en el caso de Guatemala y Bolivia, en el puesto 87, o Ecuador en el puesto 82—. Específicamente, en cuanto a la brecha salarial, Argentina se encuentra en el puesto 96 —de 115 relevados—, Brasil en el 98, y el mejor ubicado en el *ranking* es Colombia, en el puesto 73.

¹⁶ En efecto, la mayoría de las mujeres empleadas se desempeña en las ramas de actividades económicas correspondiente a servicios en los que se destacan la enseñanza, el comercio y el servicio doméstico, actividades en las que el promedio del salario es más bajo que en otros sectores de la economía.

¹⁷ Ver, en general, Haydee Birgin y Beatriz Kohen, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2006.

¹⁸ Janina Fernández-Pacheco, “Brechas en los derechos laborales de las mujeres en América Central”, *op cit.* Este estudio analiza opiniones sobre la influencia de los prejuicios y estereotipos al momento de demandar el cumplimiento de las leyes. “Más de una tercera parte de las mujeres docentes, sindicalistas y trabajadoras opina que existen prejuicios de género que afectan negativamente a las mujeres en los y las responsables de impartir justicia, vis a vis menos de una cuarta parte de los hombres que comparten esta opinión. Esto parece indicar que existe una arraigada creencia en la ‘objetividad’ de jueces, juezas y abogados/as laboralistas. Hilando más fino significa que existe ‘ceguera’ a las diferencias de género y a sus consecuencias en lo relativo a la forma en que se expresan y aplican los derechos laborales de hombres y mujeres. La totalidad de las mujeres sindicalistas y la mayoría de las mujeres docentes universitarias creen que existen prejuicios en las mujeres que les dificultan acudir a los tribunales de justicia cuando sus derechos laborales son lesionados. Esta opinión es compartida prácticamente por la mitad de los hombres entrevistados, con excepción de los trabajadores de empresa. En las entrevistas a profundidad se hizo evidente que estos ‘prejuicios’ se relacionan con el ‘temor’ a hacer denuncias y luego perder el caso, con la falta de tiempo y recursos para presentar pruebas y en muchos casos con la dificultad de entender claramente cuáles son los trámites que deben seguirse. La abrumadora mayoría de los entrevistados de ambos sexos considera que no existe en sus países una divulgación y capacitación dirigida a eliminar la discriminación laboral contra la mujer; igualmente consideran que las leyes nacionales y la normativa internacional no aportan al cambio de valores, prejuicios y creencias respecto a los derechos de trabajo de

Los casos que se presentan en esta sección abordan primero las dificultades que enfrentan las mujeres en el acceso al trabajo, las formas en que estas dificultades se manifiestan y la manera como han sido tratadas por los tribunales. Se trabajará la segregación de las mujeres con respecto a ocupaciones y profesiones consideradas tradicionalmente masculinas, y las explicaciones que habitualmente se ofrecen para justificar esta discriminación. En segundo lugar, se presenta el problema de la desigualdad entre varones y mujeres en el marco de la relación laboral ya existente. Esto se expresa de manera clara en la brecha salarial y en la desigualdad en el trato, en la capacitación y en las oportunidades de ascenso. Por último, se analizan las soluciones posibles que ha sentado la jurisprudencia y las experiencias recientes en la región a través de políticas de acción afirmativa y buenas prácticas promovidas por el Estado.

A. PRIMER PROBLEMA: IGUALDAD EN EL ACCESO AL TRABAJO

En general, las mujeres son discriminadas en el acceso al empleo por restricciones particulares vinculadas con su sexo, su situación matrimonial o sus responsabilidades familiares. Estas restricciones obedecen, en muchos casos, a que las características o las capacidades de las mujeres se generalizan, sin tomar en consideración las condiciones particulares de las postulantes. Algunas profesiones han estado vedadas a las mujeres por reglamentaciones o interpretaciones arbitrarias de las normas, provenientes de asociaciones profesionales corporativas que alegaban su derecho a establecer las restricciones que consideraran convenientes.

Un estudio que data de la década del setenta¹⁹ presentó algunas resoluciones judiciales relevantes vinculadas con los diferentes problemas que enfrentaban las mujeres en su empleo. Señalaba dos casos en América Latina relacionados con restricciones de las mujeres al empleo remunerado en profesiones consideradas poco habituales. En 1971, en Chile, las reglamentaciones de una asociación profesional que limitaban el ingreso de las mujeres al trabajo de adiestramiento de caballos de carrera fueron cuestionadas judicialmente. El tribunal sostuvo que el poder discrecional de las asociaciones profesionales, en cuanto al ingreso a la profesión de que se trata, no es absoluto, esto es, no puede llegar al punto de que puedan incidir arbitrariamente en el derecho a trabajar de una persona.²⁰

las mujeres. Simultáneamente, y con la única excepción de los funcionarios de los sistemas judiciales y de los ministerios de trabajo, todos los otros grupos entrevistados consideran que las mujeres no tienen un acceso fácil a los tribunales de justicia”.

¹⁹ Felice Morgenstern, “Las trabajadoras y los tribunales”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 92, N° 1, julio de 1975.

²⁰ *Revista Técnica del Trabajo y Previsión Social*, Santiago de Chile, junio de 1971, p. 33, citado por Morgenstern, “Las trabajadoras y los tribunales”, *op. cit.*

En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia dejó sin efecto una disposición del Código de comercio que prohibía que las mujeres fueran designadas como administradores judiciales en caso de quiebra.²¹

Más recientemente, la Corte Constitucional de Colombia consideró el caso de una mujer cuya solicitud de admisión a la Escuela Naval, única universidad del país donde se podía cursar la carrera de Oficial de Infantería de Marina, fue rechazada por su sexo. La Corte consideró que la interpretación que había hecho la Escuela del reglamento de ingreso no era fiel al texto literal —éste no enumeraba el sexo masculino entre los requisitos de ingreso—, y que además resultaba violatoria de la Carta política del país, que prohíbe la discriminación en razón del sexo. La jurisprudencia reciente de Argentina ofrece un caso interesante que ilustra los obstáculos que se invocan o se aplican para la contratación de mujeres y las respuestas de los tribunales frente a la alegada libertad de contratación de las empresas privadas.²²

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-624 de 1995

Problema jurídico

¿Se violan las garantías constitucionales de igualdad y no discriminación en razón del sexo por la negativa de admitir a una mujer en la única universidad que imparte los estudios para acceder al trabajo de oficial de infante de marina del país?

Hechos

La solicitud de ingreso de la accionante a la Escuela Naval Almirante Padilla, con el objeto de cursar la carrera de Oficial de Infantería de Marina, fue rechazada. Se adujo la no admisión de mujeres a esa carrera.

Decisión

Se determina que la negativa de admitir a una mujer en la única universidad que imparte los estudios para acceder al trabajo de oficial de infante de marina es discriminatoria y violatoria de las garantías que sobre igualdad y no discriminación en razón de sexo contempla la Constitución política del país. La Corte resolvió ordenar a la Dirección de Reclutamiento de la Escuela Naval que dispusiera de las medidas necesarias para que a la accionante se le permitiera participar en el proceso de incorporación de candidatos a la Escuela.

²¹ Tribunal Supremo, 4 de marzo de 1965, *Revista del Ministerio de Justicia*, abril-diciembre de 1965, pp. 362-365, citado por Morgenstern, “Las trabajadoras y los tribunales”, *op. cit.*

²² Ver descripción de las circunstancias y particularidades del fallo en Maurino Gustavo, Ezequiel Nino y Martín Segal, *Las acciones colectivas*, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2005, pp. 147-156.

Extractos

La igualdad constituye fundamento insustituible del ordenamiento jurídico que se deriva de la dignidad humana, pues resulta de reconocer que todas las personas, en cuanto lo son, no presentan entre sí diferencias sustanciales. Todas, en su esencia humana, son iguales y merecen la misma consideración, con independencia de la diversidad que entre ellas surge por motivos accidentales como la raza, el sexo, el color, el origen o las creencias.

Ha señalado la Corte Constitucional que la

[...] igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionales a aquéllas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta.

[...]

El trato diferente para fenómenos también diversos tiene que fundarse en motivos razonables que justifiquen la diferencia, con el objeto de no eliminar de plano la igualdad por una apreciación exagerada de características distintas que no sean suficientes para enervar la siempre preponderante equiparación entre seres sustancialmente iguales.

En otros términos, las divergencias de trato para fenómenos desiguales tienen que ser proporcionales a la desigualdad misma sobre la cual recaen.

En últimas, lo que persigue la doctrina constitucional cuando rechaza con la misma energía la desigualdad como la igualdad puramente formal es lograr el equilibrio entre las personas frente a la ley y en relación con las autoridades. Las eventuales distinciones que buscan corregir o disminuir diferencias accidentales tienen un carácter excepcional frente al postulado genérico de la igualdad y tan sólo encuentran justificación en la medida en que a través de ellas se realice aquél.

La Constitución garantiza a todo individuo el libre desarrollo de su personalidad (artículo 16 C.P.) y la libertad de escoger profesión u oficio (artículo 26 C.P.).

El primero de esos dos derechos fundamentales radica en la autonomía de cada uno para realizarse según sus particulares valores, aspiraciones, aptitudes, expectativas, tendencias, gustos, ideas y criterios, trazando a su propia existencia en los variados aspectos de la misma las directrices que mejor le convengan y agraden en cuanto no choquen con los derechos de los demás ni perjudiquen el bienestar colectivo, ni se opongan al orden jurídico.

Cuando, sin ninguna justificación razonable, se frustra el acceso del aspirante a los niveles de formación académica establecidos para la profesión de sus preferencias

—en caso de que sea de aquellas que los requieren— implica necesariamente la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad por cuanto se le impide la selección de un derrotero para su vida, que debería ser de su autónoma elección y, por supuesto, se cae en la vulneración del derecho a escoger profesión u oficio, pues sin cursar los pertinentes estudios el interesado no tendrá acceso al ejercicio profesional, supeditado a ciertos grados de preparación previa.

En respuesta al oficio por medio del cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá indagaba acerca de la situación de la peticionaria ante la Escuela, el Director de la misma [...] señaló: “La organización de la Escuela Naval no ha contemplado la posibilidad de preparar cadetes femeninos porque no cuenta con las condiciones físicas, recurso humano e infraestructura para ello y por la naturaleza misma de la actividad que cumple el Oficial Naval”.

[...]

Muestra a las claras que la circunstancia de pertenecer al sexo femenino es motivo suficiente, en el sentir de la administración de la Escuela, para no dar trámite a solicitudes como la que ha originado la presente acción.

La Corte encuentra que el aludido “Reglamento de admisión de alumnos” no contempla entre los requisitos para la inscripción —paso previo e indispensable para la admisión— el de pertenecer al sexo masculino, como puede verse al consultar el Capítulo IV, numeral 13, que exige primordialmente:

- a. Ser colombiano.
 - b. Ser soltero y comprometerse a permanecer en este estado civil mientras sea alumno de la Escuela.
 - c. Presentar documento de identidad.
 - d. Presentar certificado del colegio en que conste que es bachiller o que está cursando el sexto año de bachillerato.
 - e. Entregar tres fotos tamaño 3 x 4 cms., de frente.
 - f. Cancelar el valor vigente de la inscripción.
 - g. Presentar certificado de honorabilidad y buenas costumbres del colegio o de la entidad con quien trabaja.
 - h. Demostrar no ser menor de 16 años ni mayor de 21 en la fecha de ingreso a la Escuela.
 - i. Tener estatura mínima de 1,65 metros y peso mínimo proporcional a la estatura.
 - j. Presentar los resultados de los exámenes de laboratorio y fluoroscopia pulmonar.
 - k. Someterse a los exámenes físicos al momento de la inscripción.
- Los resultados de estos exámenes son decisivos para continuar con los exámenes intelectuales y psicotécnicos.
- l. Presentar la tarjeta de la prueba de Estado (ICFES).

Tratándose del único plantel que en el país puede impartir la formación académica buscada por la actora, dicho reglamento mal podría estipular la prohibición de recibir personal femenino, pues, según lo dicho, ello implicaría abierta violación de los artículos 5, 13, 16 y 26 de la Carta política y, por ende, la correspondiente norma tendría que ser inaplicada (Artículo 4° C.P.).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Buenos Aires, Argentina
Fundación Mujeres en Igualdad contra Freddo S.A.
16 de diciembre de 2002

Problema jurídico

¿Se violan las garantías constitucionales a la igualdad y no discriminación en razón del sexo por la contratación prioritaria de varones por parte de un empleador privado, sin razones objetivas que la justifiquen?

Hechos

La Fundación Mujeres en Igualdad inició una acción de amparo colectivo contra la empresa Freddo S.A. (dedicada a la fabricación y comercialización de helado en la ciudad de Buenos Aires y alrededores), alegando que ésta realiza prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal. Señala que, tal como resulta del relato de los hechos, la demandada rechaza la contratación de personal femenino.

Decisión

Se analiza la práctica de contrataciones de una empresa para determinar si, sobre la base de las explicaciones que brinda sobre la contratación prioritaria de varones, ésta se encuentra objetivamente justificada. El Tribunal reconoce la procedencia y regula la aplicación de acciones de discriminación positiva en el empleo, priorizando la igualdad en el acceso al empleo por sobre los argumentos de libertad de contratación empresarial. La Cámara de Apelaciones resuelve que la práctica de contratación de personal de la demandada resulta discriminatoria y que no había podido ser razonablemente justificada, por lo tanto ordena que en el futuro se contraten exclusivamente empleadas mujeres hasta tanto se compense en forma equitativa y razonable la desigualdad producida.

Extractos

En el caso sometido a consideración de esta Sala, la discriminación no se encuentra en las normas sino en los hechos, esto es, en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable al margen de discrecional-

dad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal. Más aún si se tiene presente la presunción de discriminación referida precedentemente, que se produce cuando quienes se encuentran en la situación desigual pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja.

La no discriminación por razón del sexo en materia laboral se exige antes, durante y después de la relación laboral. Se entiende por “antes” el proceso de selección (desde las convocatorias, llamados para la provisión de cargos y reclutamiento) hasta el momento de la contratación definitiva.

[...]

La empresa reconoció que tomaba empleados del sexo masculino para ciertos puestos porque, además de preparar el producto y atender al cliente, debían

[...] efectuar la limpieza del local, cargar los baldes conteniendo el producto, los que tienen un peso de 10 kgrs., ingresar a los pozos de frío que tienen una profundidad importante y bajas temperaturas. Con relación a los motoristas se requieren conocimientos mínimos de mecánica, poseer registro, limpiar el ciclomotor, cargar combustible con bidones, reparar la moto y cambiar las piezas de la misma. Asimismo las tareas desempeñadas son cumplidas en horarios rotativos hasta altas horas de la madrugada [...] En este sentido Freddo pretende “proteger” y no discriminar a la mujer.

[...]

La justificación de que los baldes son pesados para impedir la contratación de mujeres no puede ser admitida, responde más a prejuicios sobre el “sexo débil” que a una verdadera visión del tiempo actual. Tampoco parece ser ésta una tarea penosa, peligrosa o insalubre. Por el contrario, es un hecho público que, actualmente, las mujeres desempeñan tareas que requieren mayor esfuerzo físico y no por eso se las califica como penosas, peligrosas o insalubres. De todos modos, cabe también advertir que la prohibición de realizar estas tareas dirigida a las mujeres también es reputada discriminatoria.²³

²³ “Es obvio que el trabajo penoso, peligroso o insalubre es indeseable y debe ser evitado, pero esto vale tanto para los hombres como para las mujeres. Por otro lado, el argumento de la menor fortaleza física de las mujeres, al que también suele apelarse, es también endeble, pues si bien es cierto que se considera que ellas tienen una capacidad de resistencia para el trabajo físico, inferior a la de los hombres, también se ha verificado que son mayores las diferencias entre las personas del mismo sexo. Por otra parte, el contacto con la muerte y la enfermedad que es cotidiano y necesario en los trabajos de enfermería —actividad en la que la población laboral suele ser predominantemente femenina— normalmente es peligroso, penoso e insalubre, amén de que suele reclamar la realización de esfuerzos físicos y labores en horarios nocturnos y, pese a ello, nadie se plantea la exclusión de las mujeres de tal actividad. Por último, si la explicación se reduce a que la prohibición legal debe entenderse justificada para aquellos trabajos

[...]

Al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades, derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad.

Por último, si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamenten. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer —en el caso de las discriminaciones directas—, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso (conf. Tribunal Constitucional de España, sentencia del 22/3/99, N° 41/99, en Jurisprudencia Constitucional, Boletín Oficial del Estado, Madrid, T. 53, enero-abril de 1999, p. 485). Si bien es cierto que los directivos de una empresa suelen hacer prevalecer criterios económicos por encima de los jurídicos en la conducción de la actividad empresarial, la verdad es que estas situaciones tienen su fundamento en la asimilación permanente de la sociedad de formas de pensamiento con las que se ha educado a la gente, y que producen una división social y cultural del trabajo.²⁴

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-322 de 2002

Problema jurídico

¿Se violan las garantías constitucionales a la igualdad y no discriminación en razón del sexo por la no contratación de mujeres que cumplen con los requisitos exigidos para el puesto por parte de una asociación privada?

Hechos

Las actoras demandaron a la Asociación de Ganaderos de San Martín al no haber sido contratadas entre las vacunadoras para el último ciclo de vacunación contra la

que pudieren poner en peligro la capacidad de gestación —que no es en estos términos como aparece reseñada en la legislación argentina— igual restricción debería corresponder para los que, de igual forma o en términos similares, afectaran a los hombres”. Mario Ackerman, “La discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convencionales y en la jurisprudencia argentina”, Biblos, Buenos Aires, 2000.

²⁴ Un planteamiento similar fue sometido a la consideración de la Corte Constitucional de Colombia, aunque en ese caso se resolvió que de las evidencias del caso no surgía que las actoras hubieran sido injustamente discriminadas en razón de su sexo.

aftosa, correspondiente al año 2001, aun cuando habían cumplido con los requisitos exigidos para el puesto. Consideraron, por lo tanto, que la negativa tenía motivos discriminatorios por su condición de mujeres, y que violaba las normas de la Constitución política del país.

Decisión

La sentencia considera la libertad de contratación de personal por parte de entidades públicas y privadas en relación con la prohibición de establecer parámetros discriminatorios injustificados que perjudiquen a las personas de un sexo. La Corte resolvió que en el caso no se había probado una conducta discriminatoria por parte de la asociación demandada y por lo tanto convalidó la decisión de ésta de no contratarlas.

Extractos

[...]

En ejercicio de la libertad de contratación, no pueden las entidades públicas o las privadas establecer parámetros dentro de los cuales, sin justificación alguna, opten por contratar trabajadores sólo de determinado sexo, porque tal decisión contraría el Ordenamiento Superior.

[...]

Para la Sala resulta claro que la discrecionalidad del empleador privado en la selección de sus trabajadores no es absoluta, pues necesariamente la misma debe ejercerse de conformidad con las disposiciones constitucionales y no basta, por ejemplo, la sola condición femenina para negar el ingreso de una mujer a determinado trabajo, pues deben ser los méritos propios y específicos de cada quien, los que determinen su ingreso o no; tampoco se puede que buscando favorecer a la mujer y con un criterio exclusivo y eminentemente paternalista se asegure su designación, no con base en sus capacidades y méritos personales —como debe ser— sino exclusivamente por razón de sexo, pues esto a su vez resulta también discriminatorio.

En otras palabras, no hay prueba de que se presenta una discriminación real contra las actoras, pues de acuerdo con el juicio de proporcionalidad y razonabilidad, las personas elegidas para un cargo deben cumplir con los méritos necesarios para acceder al mismo, y no se pueden sacrificar criterios de calidad, idoneidad y experiencia para favorecer a determinada persona, por el mero hecho de ser mujer, cuando existen hombres al parecer mejor calificados para ello. El acceso a los cargos no puede hacerse en beneficio de personas que no cumplen las calidades, que no tienen las condiciones ni capacidades o que carecen de la idoneidad para ejercer el cargo específico; pues si se trata de proveer cargos, las mujeres que resulten elegidas tienen que reunir los requisitos y méritos necesarios para desempeñarse en los empleos en cuestión; exigencia que claro está también se predica de los hombres.

La inclusión de una mujer en una lista de aspirantes a un cargo no puede asegurar *per se*, la elección de la misma, pues nadie tiene derecho adquirido a un cargo. Cada persona debe tener derecho a obtener lo que le corresponde por su capacidad, experiencia, conocimientos y elegir a una mujer por su mera condición de tal y no por méritos, es contrario a la justicia, puede llevar a que se deje de incluir a un hombre que reúne mejores condiciones y requisitos para ejercer el cargo en cuestión.

Corte Constitucional de Colombia **Sentencia T-026 de 1996**

Problema jurídico

¿Se viola el derecho a la igualdad y no discriminación en razón del sexo cuando el empleador selecciona empleados de un determinado sexo para una labor que no tiene que ser realizada necesariamente por un miembro de dicho sexo?

Hechos

El señor Solís Pedraza se desempeñaba como empleado de la Casa Cultural del Municipio de Yumbo. Una resolución dictaminó que fuera retirado del empleo alegando que “en el futuro lo deberá desempeñar una mujer”. El actor cuestionó la decisión del municipio, pues según su criterio las tareas de aseo, mantenimiento y cuidado pueden ser realizadas tanto por un hombre como por una mujer. De hecho, el señor Solís las había ejecutado durante un largo período.

Decisión

La sentencia considera la aplicación de la garantía de igualdad y no discriminación en razón del sexo en relación con la libertad de contratación y la facultad del empleador de establecer calificaciones especiales para ciertos trabajos, favoreciendo a los empleados de un determinado sexo. La Corte consideró que en este caso no se había acreditado el hecho de que el trabajo realizado por el actor tuviera, razonablemente, la necesidad de ser hecho por una mujer, más aún cuando el señor Solís Pedraza lo había desempeñado durante los últimos años. Adicionalmente, resolver lo contrario hubiera implicado contribuir a perpetuar los prejuicios conforme a los cuales las tareas de mantenimiento y limpieza deben ser ejecutadas por mujeres. Por lo tanto, la Corte resolvió que el actor debía ser reintegrado a su cargo, o en su defecto a uno de igual o superior categoría.

Extractos

[...]

No ignora la Sala que, consideradas las cosas desde una perspectiva amplia, a los miembros de uno y otro sexo les asiste la vocación y la capacidad para desarrollar

cualquier actividad y que por ello, establecer, a priori, una distinción entre las tareas específicamente reservadas a hombres o a mujeres con el fin de negar el acceso o la permanencia de un grupo en el espacio que supuestamente corresponde al otro, implica incurrir en una inadmisibles diferencia de trato, contraria a la prohibición constitucional de discriminar.

Sin embargo, en el complejo ámbito de las relaciones laborales, con mayor o menor dificultad, es posible detectar actividades que, por razón del sexo, están fuera del alcance del principio de no discriminación y de la igualdad de trato; tal acontece con ciertas categorías o grupos profesionales que, merced a estimaciones ya de orden biológico o físico, ora de naturaleza social o cultural, se integran única o predominantemente por individuos pertenecientes a un solo sexo.

[...]

En estos limitados supuestos, la presencia mayoritaria o exclusiva de sujetos de un mismo sexo en la ejecución de una actividad persigue el mejor cumplimiento del conjunto de labores desarrolladas por una empresa determinada o la óptima prestación de un servicio público, propósitos que se verían desvirtuados si la vinculación de un trabajador de sexo distinto al requerido distorsiona, dificulta o en definitiva impide el correcto desempeño de las funciones propias de la respectiva actividad. En las circunstancias anotadas, se aprecia, con total nitidez, un conflicto entre el derecho a la igualdad que proscribe la discriminación basada en el sexo y la libertad de empresa que, en algunos eventos impone la derogación de la igualdad de trato en aras del cabal desarrollo de una actividad económica empresarial para la cual resulta indispensable contar con trabajadores de un solo sexo y, por consiguiente, excluir a los miembros del otro. Así las cosas, se torna imperioso lograr un punto de equilibrio entre dos derechos protegidos constitucionalmente, lo que obliga a proceder con extrema cautela en la identificación de las actividades profesionales cuyo ejercicio hace del sexo una condición determinante.

[...]

La experiencia permite afirmar que, tradicionalmente, el desempeño de ciertos trabajos o la pertenencia a varios sectores profesionales se ha hecho depender del sexo de las personas. A las mujeres, por ejemplo, se les suele impedir el desempeño de los denominados trabajos arduos, ligados con la fuerza física o la capacidad de resistencia, empero, un examen detenido de la cuestión lleva a concluir que no es válido apoyar una exclusión semejante en una especie de presunción de ineptitud fincada en diferencias sexuales, y que el análisis basado en presuntos rasgos característicos de todo el colectivo laboral femenino debe ceder en favor de una apreciación concreta e individual de la idoneidad de cada trabajador, con independencia de su sexo.

En diversos supuestos se exige que el trabajador pertenezca al mismo sexo de los destinatarios de específicos servicios. *Exempli gratia*, con miras a la conservación de la disciplina y al mantenimiento de condiciones de seguridad, los trabajos de

vigilancia pueden requerir el concurso de hombres o mujeres según se trate de centros de reclusión masculinos o femeninos, respectivamente. Otro tanto puede predicarse de prestaciones de índole personal que, conforme los patrones culturales vigentes en la sociedad, comportan la posible afectación del derecho a la intimidad, del pudor y la decencia del trabajador o de sus clientes. Como en el caso anterior, en estas hipótesis se precisa la valoración concreta de cada situación.

Las labores propias del arte del espectáculo, de la moda y en general de las actividades artísticas que cumplen, entre otros, actores, modelos, bailarines, etc., conforman una categoría que admite el condicionamiento referente a la pertenencia a un determinado sexo; en ocasiones, las leyes, las costumbres o la religión excluyen de ciertos trabajos a hombres o a mujeres.

[...]

Finalmente, cabe apuntar que la identificación de actividades excluidas del principio de no discriminación, en todo caso, debe atender a la evolución de las condiciones culturales y sociales que, paulatinamente, contribuyen a desdibujar barreras erigidas sobre prejuicios que, con el pasar del tiempo, devienen arcaicos y desuetos; así, las limitaciones del trabajo nocturno de las mujeres o la incorporación de éstas a las fuerzas armadas son ejemplos destacados de actividades que, habiendo sido vedadas a los miembros de uno de los sexos, en forma progresiva y gracias a la evolución aludida, vienen a ubicarse dentro de la categoría de actividades realizables por ambos sexos, en diversos países.

[...]

De lo anotado se deduce que no existe un catálogo cerrado que comprenda, en forma fehaciente e incontrovertible, la totalidad de las actividades en las que el sexo es condición necesaria del cumplimiento de las funciones anejas, por ende, éste es un campo propicio al surgimiento de no pocas dudas interpretativas, lo que, en consecuencia, exige formular criterios utilizables para distinguir los ámbitos o sectores profesionales excluidos de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, de aquellos que no ameritan esa exclusión, así:

- a. Es necesario tener en cuenta que la exclusión de ciertas actividades de la aplicación de la igualdad de trato, cuando el sexo constituye una condición determinante del ejercicio profesional, configura una hipótesis excepcional y, por lo mismo, debe ser objeto de una interpretación restrictiva.
- b. De conformidad con el principio de proporcionalidad, el intérprete debe proceder a conciliar, en lo posible, la igualdad de trato entre los sujetos pertenecientes a ambos sexos y las exigencias del desarrollo de la pertinente actividad.
- c. No es posible perder de vista que, si atendiendo a la naturaleza de la actividad de que se trate y de las condiciones de su realización, se establece que el sexo es condición determinante del correcto ejercicio profesional, es porque existe una

conexión necesaria y no de simple conveniencia entre el sexo del trabajador y el cumplimiento del trabajo.

d. Del anterior predicado se desprende que la conexión entre el sexo y el cumplimiento del trabajo es objetiva y por tanto, no depende de la mera apreciación subjetiva del empleador o de prácticas empresariales que sin ningún respaldo hayan impuesto la pertenencia a un sexo específico.

e. Al juicio de necesidad sigue otro de esencialidad, de acuerdo con el cual el sexo de la persona debe ser indispensable para ejecutar las tareas esenciales de la actividad profesional de que se trate, así pues, cuando, dentro de un mismo empleo, funciones apenas tangenciales se reservan a individuos de un solo sexo, ello no justifica la exclusión de los miembros del otro sexo del ejercicio de esa actividad.

f. En concordancia con el aserto que se acaba de formular, cabe advertir que esta excepción a la igualdad de trato se refiere a actividades específicas y su aplicación excluye la apreciación global del conjunto de funciones de la actividad respectiva en favor del examen concreto de las labores que deben ejecutarse, en relación con la aptitud y capacidad de cada sujeto llamado a desempeñarlas.

g. Las diferencias sexuales que sirvan de soporte a la exclusión de los trabajadores de un sexo de una actividad o categoría profesional, deben ser valoradas atendiendo al momento histórico y, en todo caso, no es posible ignorar la evolución y los cambios sociales que incidan en esa especial valoración.

[...]

La aplicación de los criterios propuestos al caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, arroja como conclusión la carencia de adecuada fundamentación de la decisión de retirar al señor Solís Pedraza del cargo de carrera administrativa que ocupaba en la Casa Cultural del Municipio de Yumbo (Valle).

En efecto, las tareas de mantenimiento, cuidado y limpieza de las instalaciones de la entidad y la ejecución de trabajos materiales y rutinarios que requieren esfuerzo físico que, según el manual de funciones específicas, corresponden al empleo de auxiliar de servicios varios, no suponen como condición ineludible de su ejercicio la pertenencia de quien las ejecuta al sexo femenino [...] son susceptibles de atención por personas de uno y otro sexo y que el esfuerzo físico no es, en sí mismo, causa para impedir el acceso de las mujeres [...] además, no hay motivo para sostener que el mantenimiento y aseo sean tareas vedadas a los hombres; entenderlo así, significa contribuir a perpetuar prejuicios desconocedores de la igualdad esencial de los seres humanos.

Conviene resaltar que, en el presente evento, el empleador introdujo una distinción con base en el sexo que, por ser una de las denominadas categorías sospechosas de generar discriminación, traslada a la autoridad que expide el acto la carga de probar la inexistencia de la discriminación y, en esta oportunidad, lo que está acreditado es

la falta de justificación objetiva y razonable de la conducta de la autoridad que, por arbitraria e injusta, constituye un acto discriminatorio en contra del peticionario.

Cuestiones a debatir

Las reglas o prácticas abiertamente discriminatorias, que prohíben o restringen el acceso de las mujeres a ciertos trabajos y profesiones en forma directa, y sin recurrir a justificación alguna, son claramente violatorias de las normas internacionales que garantizan el derecho a la igualdad, así como de las normas constitucionales y legales de los países de la región. Sin embargo, subsisten otras formas de discriminación más sutiles que se evidencian en prácticas aparentemente neutrales en términos de género, pero que tienen un impacto diferenciado en varones y mujeres. En ocasiones, para llevar a cabo estas prácticas discriminatorias que responden a las necesidades organizacionales de la empresa, a las características del trabajo y a las convenciones sociales frente a cada tipo de actividad, los empleadores recurren a justificaciones.

En un clásico caso de la jurisprudencia de Estados Unidos,²⁵ la prohibición de discriminación directa en el empleo²⁶ se consideró extendida a un caso de discriminación estructural o institucional, resultante de la aplicación de una regla o práctica que, en sí misma, parecía libre de contenido discriminatorio —racial, en ese caso—. La Corte consideró que la ley no sólo prohíbe la discriminación directa, sino también aquellas prácticas que son justas en cuanto a su forma, pero discriminatorias en su aplicación. El límite está dado por la necesidad operacional de la empresa, y los requerimientos que intenten imponerse en detrimento de un grupo de personas —en razón del sexo, la religión, la raza, etcétera— deberán guardar relación con el empleo al que se aplican.

Se consideran prácticas de discriminación institucional o indirecta aquellos comportamientos tan institucionalizados que el individuo que los aplica no se encuentra en la necesidad de hacer una elección para actuar de una manera discriminatoria. El individuo sólo debe cumplir con las normas establecidas; las reglas y procedimientos institucionalmente aplicables toman las decisiones y discriminan en nombre del individuo.²⁷ Cuando los efectos de una norma o una práctica —aun cuando éstas no se encuentren estipuladas en términos tales que

²⁵ Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).

²⁶ El Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 (artículo 703[a]) establece que “se considerará que un empleador incurre en una práctica laboral ilegal cuando: 1) no contrate o se rehúse a contratar a una persona o la despida o discrimine de cualquier otro modo a alguna persona con respecto a su remuneración, a los términos, condiciones o derechos laborales en virtud de su raza, color, religión, sexo u origen nacional [...]”.

²⁷ Christopher McCrudden, “Institutional Discrimination”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford University Press, 1982.

sean aplicables a un solo sexo— generan una situación de desventaja para una proporción sustantivamente mayor de personas de un mismo sexo, entonces esa norma o práctica es indirectamente discriminatoria. Para establecer la existencia de discriminación indirecta, quien la alega deberá probar, en primer lugar, que ha sido perjudicado o perjudicada por una práctica aparentemente neutral y no discriminatoria. Luego el empleador tendrá la posibilidad de alegar y probar que existe una justificación objetiva, proporcional y adecuada para la práctica o regla que se impugna, que aquélla responde a necesidades operacionales reales de la empresa.²⁸ En el curso de la jurisprudencia de la Unión Europea, por caso, el *test* de proporcionalidad evolucionó hasta requerir, en primer lugar, que la práctica pudiera justificarse con referencia a un objetivo que en sí mismo fuera legítimo y sin relación con el sexo —o la raza—; en segundo lugar, que se recurriera a medios apropiados y necesarios para la consecución de dicho objetivo; y, en tercer lugar, que en términos generales los medios elegidos fueran compatibles con el principio de igualdad. Esta interpretación brinda mejores elementos al tribunal a la hora de evaluar una práctica o regla discriminatoria, ya que permite no sólo juzgar el carácter objetivo de la justificación propuesta sino también la legitimidad del medio elegido para implementar esa justificación. Esta interpretación, en particular, permite condenar una práctica discriminatoria en aquellos casos en los que existen medios alternativos de conseguir los mismos fines, sin afectar del mismo modo la garantía de igualdad.²⁹

Preguntas

1. ¿Qué reglas se deberían aplicar para la prueba de situaciones de discriminación en el acceso al empleo?
2. ¿Qué tipo de razones podrían invocar válidamente los empleadores —públicos o privados— para la asignación de determinados puestos de trabajo a personas de uno u otro sexo?
3. ¿Qué límite debería encontrar eventualmente esta admisible discrecionalidad empresarial para la descripción de las calificaciones necesarias para desempeñarse en una función determinada? El tema fue considerado en un caso resuelto por la Corte Constitucional de Colombia, en el que se evaluó la

²⁸ Las normas vigentes en el Reino Unido y en la Unión Europea en materia de discriminación indirecta son sustancialmente similares a las de Estados Unidos.

²⁹ Las justificaciones a las que se pueden recurrir son variadas y extensas. Desde motivos de políticas públicas vinculadas a la generación de empleo, la participación de ciertos grupos en el mercado de trabajo remunerado o la promoción de pequeñas industrias (respecto de las cuales la imposición de restricciones o cargas tiene un impacto mayor), hasta las motivaciones empresariales vinculadas con razones económicas, administrativas o de eficiencia gerencial.

posibilidad de que en ciertos supuestos, las empresas contratantes requieran personal de uno u otro sexo para ocupaciones determinadas.

4. ¿En quién debe recaer la carga de la prueba ante un caso de discriminación directa? ¿Cómo se justifica la distinta carga en la prueba en los casos de discriminación indirecta? En el caso *Freddo* se estableció la existencia de trato desigual hacia las mujeres en las instancias de contratación y el empleador no pudo probar la existencia de una justificación razonable. De acuerdo con las pautas establecidas por la Corte Constitucional de Colombia en el caso *Solís Pedraza*, ¿qué justificaciones podría haber invocado *Freddo*? ¿Hubiera tenido éxito? ¿Por qué motivos las generalizaciones sobre el género no son justificación suficiente para la diferencia de trato en el acceso al empleo?

5. ¿En qué medida es necesaria la intención de discriminar para que una conducta sea considerada violatoria del principio de no discriminación? ¿Cómo se justifica que la intención no tenga un papel relevante en los casos de discriminación indirecta?

6. ¿Cuáles de los requisitos enumerados en el reglamento de admisión de la Escuela Naval se podrían considerar neutrales en términos de género, y sin embargo tener un efecto diferenciado en mujeres o varones? ¿En qué medida esos requisitos se podrían tener como discriminatorios según los parámetros establecidos por la Corte Constitucional de Colombia?

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA BRECHA SALARIAL Y EL TRABAJO DE LAS MUJERES EN LA RELACIÓN LABORAL VIGENTE

En el transcurso de la relación laboral ya establecida, por lo general la discriminación de género no opera como un mecanismo formalmente instituido, sino como un conjunto de expectativas recíprocas que terminan convirtiéndose en pautas de acción invisibles, y que a su vez determinan la conducta tanto de los empleadores como de sus dependientes. Dos aspectos fundamentales de la discriminación por sexo en el curso de la relación laboral han sido objeto de regulación tanto en los ámbitos nacionales como internacionales. Éstos han determinado y reforzado las instancias de segregación horizontal y vertical en el empleo, al tiempo que han planteado importantes interrogantes en términos jurídicos. Primero, la desigualdad en la paga y la garantía de igual remuneración por igual tarea, y, segundo, la desigualdad en el trato y las acciones positivas en el empleo.

La garantía legal de igualdad en la remuneración por igual tarea

La igualdad de trato en el empleo es un principio uniformemente reconocido por los tratados internacionales de derechos humanos y las legislaciones de

distintos países de América Latina.³⁰ Asimismo, su regulación en los convenios de la OIT ha tenido un impacto importante en las regulaciones concretas aplicables en los Estados miembros. En particular la ratificación del Convenio N° 100 de la OIT, como uno de los convenios igualitarios,³¹ marcó el rumbo para la incorporación de mayores garantías en la legislación interna de varios países con el propósito no sólo de garantizar el derecho a la no discriminación, sino de avanzar en la creación de las condiciones necesarias para el logro de la igualdad de oportunidades.³²

³⁰ “Artículo 23. (1) Toda persona tiene derecho al trabajo [...] (2) Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual [...] (Declaración Universal de Derechos Humanos). Artículo XIV. Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Artículo 7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: (a) una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: (i) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual [...] (c) igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad (Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Artículo 11. (1) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: (a) el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; (b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; (c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; (d) el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo [...]”. (CEDAW)

³¹ Con referencia a la distinción entre convenios protectivos e igualitarios de la OIT, ver Laura Pautassi, Eleonor Faur y Natalia Gherardi, “Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad”, CEPAL, *Serie Mujer y Desarrollo*, N° 56, pp. 24-28.

³² En vigencia desde 1953, el Convenio establece lo siguiente: “Artículo 1. A los efectos del presente Convenio: (a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último; (b) la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.

”Artículo 2.1. Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con

En muchos casos, el principio general de no discriminación y su expresión práctica en la garantía de igual remuneración por igual tarea se encuentra incorporada al texto de las Constituciones políticas de cada país, y reglamentado luego por las normas más específicas de derecho del trabajo.³³

dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. 2. Este principio se deberá aplicar sea por medio de: (a) la legislación nacional; (b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; (c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o (d) la acción conjunta de estos diversos medios.

”Artículo 3.1. Se deberán adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe, cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del presente Convenio.

”2. Los métodos que se adopten para esta evaluación podrán ser decididos por las autoridades competentes en lo que concierne a la fijación de las tasas de remuneración, o cuando dichas tasas se fijen por contratos colectivos, por las partes contratantes. 3. Las diferencias entre las tasas de remuneración que correspondan, independientemente del sexo, a diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

³³ La Constitución de la Nación Argentina, por caso, reconoce la garantía de igual remuneración por igual tarea cuando en su artículo 14 bis establece que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: [...] igual remuneración por igual tarea [...]”. Luego, la Ley de Contrato de Trabajo vigente en Argentina para el empleo en relación de dependencia establece en su artículo 81: “El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador”. Por su parte, en la Constitución de Chile no existen referencias específicas al principio de no discriminación en la remuneración, aunque en términos generales establece el derecho a la libertad de trabajo y su protección al garantizar que toda persona tiene derecho a la libre contratación y elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos (artículos 16 a 19). Por otro lado, mientras la Constitución de Costa Rica establece que “las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo” (artículo 71), se dispone que “El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia” (artículo 57). La Constitución de Ecuador contiene algunas de las referencias más explícitas a la protección del trabajo de mujeres. Estipula que “El Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos, garantizando idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Velará especialmente por el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia, de la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar y la que se encuentre en estado de viudez. El trabajo del cónyuge o conviviente en el hogar, será tomado en consideración para compensarle equitativamente, en situaciones en que se encuentre en desventaja económica” (artículo 36).

La garantía de igualdad de trato en la legislación

La brecha de salario entre trabajadores varones y trabajadoras mujeres persiste, aun cuando las escalas diferenciales de pago de salarios según sexo hayan sido eliminadas a partir de la clara prohibición legal para su vigencia. La existencia de esta brecha sugiere, por lo tanto, la presencia de causas más complejas que la sola actitud discriminatoria de algunos empleadores. Así, se pueden identificar por lo menos cuatro causas coadyuvantes. En primer lugar, la segregación en el empleo que concentra a las mujeres en trabajos típicamente femeninos, generalmente sujetos a peores salarios y estatus, o en puestos de menor jerarquía en las ocupaciones mixtas. En segundo lugar, el patrón diferente de empleo que siguen varones y mujeres: mientras los primeros tienden a mantener una ocupación de tiempo completo en forma ininterrumpida, las mujeres acceden al mercado de trabajo remunerado en forma esporádica y discontinua, y constituyen una mayoría de empleadas a tiempo parcial. En tercer lugar, por lo general las mujeres no acceden a la representación de sindicatos o se desempeñan mayoritariamente en ocupaciones no sindicalizadas. Y un último factor: la tendencia de excluir a las mujeres de las oportunidades de educación y capacitación, que normalmente consolida la ocupación de las mujeres en tareas de menor jerarquía.

Varios convenios de la OIT, en particular el Convenio N° 111,³⁴ fijan las pautas para determinar en qué consiste la materialización de la garantía de igualdad de trato en el curso del empleo. El Convenio N° 111 obliga a todo país miembro a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo para eliminar cualquier tipo de discriminación, a promover programas educativos y leyes que garanticen la aceptación y cumplimiento del principio igualitario,

³⁴ Ratificado por la mayoría de los países de la región, el Convenio N° 111 del año 1958, relativo a la no discriminación en materia de empleo y ocupación, establece que: “Artículo 1.1. A los efectos de este Convenio, el término *discriminación* comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. 2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. 3. A los efectos de este Convenio, los términos *empleo* y *ocupación* incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”.

así como a derogar cualquier disposición legislativa y revisar aquellas prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política.³⁵

Por su parte, el convenio del año 1981 de la OIT, el N° 156, relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares, establece ciertas pautas para garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras. En ese sentido, establece la obligación de los Estados miembros de adoptar políticas que posibiliten que los trabajadores con responsabilidades familiares, que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, ejerzan su derecho sin ser objeto de discriminación y sin conflicto, en la medida de lo posible, entre sus responsabilidades familiares y laborales.³⁶

La garantía de igualdad de trato ha sido recogida por las legislaciones internas de diversos países³⁷ aunque en términos generales, sin mayores especificaciones y con referencia a características personales que exceden el sexo e incluyen la raza, la etnia, la religión o la edad.³⁸

³⁵ Adicionalmente, la prohibición específica de la discriminación aparece en el Convenio N° 122 de 1964, referido al establecimiento de políticas para fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido, y en el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo del año 1982. Por su parte, el Convenio N° 142 de 1975, sobre el desarrollo de los recursos humanos, impulsa medidas de promoción de la igualdad en materia de formación profesional, considerada como fundamental para el fomento de la igualdad de oportunidades.

³⁶ Con particular referencia a las posibilidades de capacitación, el Convenio establece en su artículo 7: “Deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, incluyendo medidas en el campo de la orientación y de la formación profesionales, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades”.

³⁷ En Argentina, en materia de empleo público, se establece que “el personal tiene derecho a la igualdad de oportunidades en el desarrollo de carrera administrativa, a través de los mecanismos que se determinen. Las promociones a cargos vacantes sólo procederán mediante sistemas de selección de antecedentes, méritos y aptitudes” (artículo 18, ley 25169 de 1999). El Código de trabajo de El Salvador no contiene acciones afirmativas específicas para mujeres pero sí para ciudadanos salvadoreños. El artículo 7 de este Código establece: “[...] Todo patrono está obligado a integrar el personal de su empresa *con un noventa por ciento de salvadoreños*, por lo menos [...]”. La ley 16045 aprobada en 1989 en Uruguay, que tiene alcance nacional y rige para el sector público y privado, “prohíbe toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o ramo de la actividad laboral”. El artículo 3 de la ley 16045 establece que “la discriminación de carácter compensatorio orientada a promover la igualdad de oportunidades y trato para ambos sexos en situaciones concretas de desigualdad, no se encuentra comprendida en la prohibición a que hace referencia el artículo 1° de la ley” y asimismo establece que el “Estado y particularmente los medios de enseñanza, realizarán campañas educativas necesarias para propiciar en todo el país el interés y la comprensión por los problemas que afectan a las trabajadoras, fomentar la toma de conciencia de su condición por parte de éstas y de los empleadores y, en especial, suprimir los factores que impidan a los trabajadores la utilización óptima de sus capacidades”.

³⁸ Las normas vigentes en la Unión Europea (Directiva 76/207/EEC del 9 de febrero de 1976) con

La positivización de la garantía de igualdad de remuneración por igual tarea y su interpretación y aplicación por parte de los tribunales de justicia ha encontrado serias dificultades derivadas de la dificultad de conceptualizar esa garantía. De la garantía de “a igual salario por trabajo igual” contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, al reconocimiento del “principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”, previsto en el Convenio N° 100 de la OIT, el PDESC y la CEDAW, se avanza en el reconocimiento de que puede no haber “trabajo igual” para varones y mujeres entre los cuales establecer la comparación.³⁹

Las demandas ante los tribunales de justicia para exigir el cumplimiento de esta garantía, específicamente en lo que se refiere al pago de igual remuneración por igual tarea, no sólo han enfrentado dificultades probatorias, sino que también se han encontrado con la reticencia de los tribunales a la hora de considerar las discriminaciones de género implícitas en la segregación horizontal y vertical en el empleo remunerado.

En esta sección se presentan decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina que analizó, en distintas oportunidades, el alcance de la garantía constitucional de igual remuneración por igual tarea. Sin embargo, la dimensión de género no fue incluida explícitamente en el análisis. En un fallo que sentó las bases para la interpretación del alcance y sentido de esta garantía, la Corte consideró arbitraria una discriminación salarial fundada en razones de sexo, religión o raza, pero consideró que si el empleador cumple con lo establecido por el convenio colectivo de trabajo aplicable en relación con el pago de salarios, puede pagar a algunos trabajadores en exceso de lo allí establecido en razón de sus méritos laborales, sin necesidad de probar tales extremos. En ese caso, corresponderá a las trabajadoras y trabajadores probar que han sido irrazonablemente discriminados en el pago de ese beneficio. En un fallo posterior, la misma Corte Suprema revocó una sentencia en la que no se había conside-

respecto a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la promoción y la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo, brindan un interesante ejemplo de regulación en la materia. La norma aclara, sin embargo, que el principio de igualdad reconocido no dejará de reconocer la facultad de los Estados de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.

³⁹ Esta evolución se observa también, por ejemplo, en las normas aplicables a la Unión Europea. Mientras que el artículo 141 (antes 119) del Tratado se refiere al “principio por el cual varones y mujeres deben recibir igual salario por trabajo igual”, la posterior Directiva 75/117 deja en claro que el criterio aparentemente restrictivo del Tratado debe entenderse como inclusivo de “trabajo de igual valor”.

rado adecuadamente la prueba producida por una trabajadora con el objetivo de acreditar la discriminación arbitraria en su contra por parte del empleador. Por último, un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, también en Argentina, pone de manifiesto las consecuencias de la falta de un análisis de género que tenga en cuenta la segregación horizontal en el empleo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
Sixto Ratto y otro contra Productos Stani S.A.
26 de agosto de 1966

Problema jurídico

¿Es válido que el empleador pague salarios diferentes a sus trabajadores con el fundamento de premiar la mayor laboriosidad o eficacia de ciertos empleados?

Hechos

Los actores demandan a Productos Stani S.A. por el cobro de diferencias de salarios. Alegan que a los obreros que antes hacían su mismo trabajo —atender una máquina— se les abonaba una suma adicional, suma que no se les pagada a los accionantes, en violación del artículo 14 bis de la Constitución nacional argentina. En su defensa, la empresa alega que el trabajo realizado por los actores es pagado de acuerdo con el convenio colectivo aplicable a la actividad, y que el pago adicional a otros trabajadores era un aumento voluntario basado en su mayor eficacia, laboriosidad y dedicación al trabajo.

Decisión

La Corte resolvió que un empleador se encuentra facultado para pagar más de lo establecido en el Convenio colectivo de trabajo, si de lo que se trata es de premiar la mayor laboriosidad o eficacia de ciertos empleados, sin necesidad de probar tales extremos.

Extractos

El principio del artículo 14 bis de la Constitución Nacional se opone a discriminaciones arbitrarias, como serían las fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no a aquellas que se sustentan en motivos de bien común; nada obsta, por vía de ejemplo, a que se pague mayor retribución a quien tiene mayores cargas de familia, tal como la misma Constitución lo quiere al disponer que una ley establecerá “la compensación económica familiar” (artículo 14 bis, *in fine*).

Que, siendo así, es claro que el mentado principio tampoco se opone a discriminaciones fundadas en la mayor eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo del obrero [...]

El empleador cumple con el mandato constitucional pagando a cada categoría de trabajadores lo que estipula el convenio colectivo, que por haberse elaborado con intervención de la parte laboral, asegura una remuneración justa. No puede privarse al empleador de su derecho de premiar, por encima de aquellas remuneraciones, a quienes revelen méritos suficientes. De lo contrario, no habría manera de estimular el trabajo, la eficacia y la lealtad, con grave detrimento de la justicia [...].

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
Estrella Fernández contra Sanatorio Güemes S.A.
23 de agosto de 1988

Problema jurídico

¿La facultad del empleador de retribuir en forma diferente a ciertos empleados en razón de sus méritos, admite prueba en contrario?

Hechos

La actora, que se desempeñaba como jefa de enfermería en el sector de terapia intensiva del Sanatorio Güemes, reclama diferencias de salarios y de indemnizaciones sustitutivas de preaviso por entender que durante los últimos meses de la relación laboral, hasta su despido sin causa, recibió tratamiento salarial discriminatorio. Sostuvo que, dada su capacitación técnica, categoría y desempeño eficiente, sus retribuciones, muy por debajo de las de sus pares y subordinados, implicaron una violación de los derechos consagrados en la Constitución nacional.

Decisión

Sin modificar la doctrina sentada en el caso Ratto, en esta oportunidad la Corte Suprema ordenó al tribunal inferior que considerara con mayor detenimiento la prueba aportada por la actora para acreditar que había sido injustamente discriminada en el pago de sus salarios —y posteriormente en el pago de su indemnización—, ya que la facultad del empleador de retribuir en forma diferente a ciertos empleados, en razón de sus méritos, admite prueba en contrario.

Extractos

Consideraciones adicionales del voto concurrente de los doctores Petracchi y Bacqué:

[El artículo 14 bis de la Constitución Nacional] [...] establece el principio de “igual remuneración por igual tarea” entendido aun antes de su reglamentación por la Ley de Contrato de Trabajo, como aquel opuesto a situaciones que implican discriminaciones arbitrarias, como serían las basadas en razones de sexo, religión o raza, pero no a aquellas que se sustentan en motivos de bien común, como las de mayor

eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo del dependiente, puesto que no es sino una expresión de la regla más general de que la remuneración debe ser justa.

La extensión de la regla en los términos antedichos deriva del principio más amplio de que la garantía de igualdad radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias [...] frente a circunstancias disímiles nada impide un trato también diverso, de manera que resulte excluida toda diferencia injusta o que responda a criterios arbitrarios.

Que en el ámbito de las relaciones de trabajo, cabe entonces definir los términos de la ecuación de tal forma que su aplicación pueda efectivizarse sin menoscabo de los derechos de ambas partes, pero también asegurando una interpretación valiosa que no prescinda de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su coherencia con el sistema en que se engarza el mentado principio.

En este sentido, cabe atender asimismo a las experiencias internacionales en la materia, pues el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea ha sido establecido en consonancia con preceptos consagrados universalmente desde la creación de la Organización Internacional del Trabajo [...] En concreto, el convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo del año 1951 sobre igualdad de remuneración, en su art. 3, dispuso que se deberían adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe, y que las diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva no podrán considerarse contrarias al principio de igualdad. Si bien originariamente dirigido a la regulación de la mano de obra masculina y femenina, el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor responde, actualmente, al criterio más amplio de la equidad en los métodos de fijación de los salarios, el que no es ajeno al concepto de que las diferencias deben fundarse en circunstancias objetivas y demostrables de calificaciones y aptitudes [...]

Elementos tales como la habilidad, capacitación o categoría, esfuerzo, responsabilidad y condiciones de prestación de la tarea, corresponden actualmente a los requerimientos funcionales básicos de la organización y contenido del trabajo en el seno de la empresa y por lo tanto nacen de la misma entraña del contrato de trabajo, e implican *“todos aquellos comportamientos que son consecuencia del mismo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad”*, según la obligación genérica de las partes establecida en el artículo 62 de la Ley de Contrato de Trabajo. Este plexo condicionante de la igualdad de remuneración constituye, pues, el marco de referencia de la igualdad de circunstancias a la que se aludió [...]

[...]

Resulta inadecuado sostener hoy, respecto de la evaluación de tareas o del desempeño, que constituyen una materia reservada por entero a las autoridades de la empleadora sin que pueda cuestionarse su razonabilidad, o que, en la práctica, la prueba del mérito de los dependientes es para su principal, muy sutil y difícil e

inequitativa su exigencia [...] Existe hoy la posibilidad cierta y concreta de que la empresa —entendida como una organización cuya responsabilidad social consiste, no sólo en llevar a cabo la distribución y producción de bienes, sino el hacerlo también equitativamente, incluso en lo que atañe a su ámbito interno— utilice métodos objetivos de evaluación de tareas con criterios comunes a todos los puestos. Estos sistemas, sean globales o analíticos, por ponderación y comparación de factores, asignación de puntos, etc., son de utilización corriente no sólo en nuestro medio sino en otros países y responden al cumplimiento de convenios internacionales suscriptos, entre ellos el ya citado N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo [...] Sin establecer presunciones legales, [la Ley de Contrato de Trabajo] ha fijado, con el carácter de obligación para el principal, la igualdad de trato de sus dependientes en “identidad de situaciones”. Luego, el tratamiento diferenciado, para no resultar lesivo de los derechos de la contraparte, debe justificarse en razones objetivas. Por lo mismo, cada una de las partes deberá probar el presupuesto de la norma que invoca como fundamento de su pretensión o excepción. El trabajador deberá acreditar sus “circunstancias”, y quien se excepciona aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración de los méritos del dependiente o a circunstancias de bien común, debe acreditar estas afirmaciones [...]

Que en el sub júdice, la actora ha alegado como sustento de su pretensión, estar altamente capacitada para el desempeño de su cargo, así como su dedicación, esfuerzo y méritos personales, y que su remuneración —luego de 13 años de labor ininterrumpida— comenzó a ser menor que la de algunos de sus pares y subordinados, hasta su despido incausado 8 meses después [...]

De tal modo la afirmación [del tribunal inferior] de que no se ha acreditado la mayor laboriosidad de la actora deviene meramente dogmática y sin apoyo en los hechos probados de la causa, toda vez que su pretensión se fundó en la igualdad de condiciones en que se encontraba respecto de sus pares y por encima de sus subordinados [...]

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Sala V, Argentina

Graciela M. Borobio contra Aerolíneas Argentinas y otro

9 de agosto de 1991

Problema jurídico

¿Son válidas las normas sobre escalafón que implican una diferenciación basada en el tipo de tareas asignadas a cada sexo?

Hechos

La cuestión litigiosa consiste en determinar si la empresa, válidamente y sin violar garantías constitucionales, pudo haber sometido a la actora —personal femenino

designada como auxiliar de a bordo— a la exigencia de figurar, en términos de escalafón, por debajo del personal masculino, cuando aquélla tratara de optar por el puesto de “comisario internacional” luego de un cambio en la legislación. El Tribunal sostiene la constitucionalidad de las normas involucradas, y no considera la discriminación implícita en las normas que establecían los escalafones, justificando también el tipo de tareas asignadas a cada uno.

Decisión

Con la justificación de las tareas diferenciadas que habían estado asignadas a varones y mujeres en distintas categorías de empleados, la Cámara convalidó la preeminencia otorgada por la empresa a los empleados varones en la asignación de ascensos según su escala en el escalafón, sin tener en cuenta que las mujeres habían estado vedadas por las normas de la empresa para acceder a los mismos puestos que los varones.

Extractos

En materia de aeronavegación, en la que habría que hablar de distinción más que de discriminación, [aquélla] tiene un origen histórico que la torna razonable: dado que la actividad es riesgosa (e inclusive, lo sigue siendo), se estimaba poco prudente su inserción a tal mundillo profesional (máxime cuando era incipiente la incorporación del sexo femenino en el mundo laboral).

Empero, el avance técnico y el desarrollo de los vuelos comerciales modificaron las pautas culturales y, por ello, se consideró valioso la incorporación de personal femenino como “auxiliar de a bordo” (azafatas en el sentido vulgar del término), labor que fue diferenciada de la desarrollada por el personal técnico (piloto comandante, copiloto, mecánico navegante y radiotelegrafista, art. 6° del decreto ley 16130/46) y personal no técnico masculino (comisario de a bordo) por usos y costumbres que son fuente de derecho en esta disciplina jurídica.

Ahora bien, al comisario de a bordo compete llevar toda la documentación de la aeronave referente a los pasajeros y carga, y la atención de los primeros mientras dure el vuelo (art. 17 del decreto ley 16130/46) y, por supuesto, una mujer podría desempeñarse tan bien —o, incluso, mejor— que un hombre en tal labor, por lo que —como la apelante afirma— la discriminación de su origen fue artificial, pero ello no implica que haya sido arbitrario y que, en los hechos, no haya sido acompañada por una diferenciación de los “roles”.

Ello resulta de la peritación producida en autos, ya que mientras al personal femenino (auxiliar de a bordo) se le adjudicaba la atención y servicio de los pasajeros (provisión de cartas de menú, material de lectura, mantas y demás elementos de confort, entrega de audífonos, programas de cine, etc.), al personal masculino (comisario de a bordo) se le reservan las tareas de control de documentación y seguridad de la aeronave ya que debía, entre otras obligaciones, recibir la documentación de tráfico

y aduana, verificar la existencia de elementos de emergencia y salvataje, supervisar el cierre de puertas, trabado de toboganes y el ajuste de los cinturones de seguridad, elevar informe de vuelo, etc.

Por ende, es razonable que la empresa, cuando en virtud de negociaciones colectivas aceptó el que personal femenino accediese a los puestos de comisario, haya dado preferencia en la ubicación escalofonaria para los ascensos al personal masculino que ostentaba dicha categoría, porque las labores precisas, objetivamente, eran diferenciables.

Cuestiones a debatir

Con el fin de abordar la discriminación en materia de remuneración en el empleo es necesario detectar los factores que causan el desequilibrio entre ingresos. Existe discriminación en materia de remuneración cuando el criterio de determinación del salario no es la naturaleza del trabajo que se realiza sino el sexo, el color de la piel o cualquier otro atributo personal de la persona que lo ejecuta. Para detectar esta forma de discriminación se han aplicado varios criterios. De acuerdo con un primer criterio, corresponde realizar una distinción entre las desigualdades relacionadas con las características de la persona —nivel de educación, calificaciones, antigüedad— y las desigualdades causadas por la discriminación —en razón de sexo, opción sexual, raza u otros atributos de las personas—. Un segundo enfoque se concentra en las desigualdades dentro de los grupos y revela que la remuneración o los ingresos de la mujer en determinadas ocupaciones, sectores, o de las mujeres con determinadas calificaciones o niveles de pensiones, son generalmente más bajos que los de los varones. Según este enfoque, la única explicación para este tipo de conductas es la discriminación.⁴⁰

Primera cuestión a debatir: el problema de determinar el “trabajo de igual valor”

En un contexto de segregación horizontal del empleo, en el que las mujeres se agrupan mayoritariamente en áreas de trabajo distintas de aquellas que prioritariamente ocupan los varones, el intento de hacer una comparación entre salarios resulta fútil. Por lo tanto, se ha generalizado el criterio por el cual el concepto restringido de “igual trabajo” debe extenderse al de “trabajo de igual valor”.

Esta obligación de los Estados implica no sólo la eliminación de políticas y prácticas de discriminación por sexo a la hora de determinar salarios y negociar convenios colectivos, sino que adicionalmente requiere que en aquellos casos

⁴⁰ Ver “La hora de la igualdad en el trabajo”, OIT, Ginebra, 2003.

en los que los salarios se encuentren determinados sobre la base de un organigrama de trabajadores, el diseño de este organigrama también se encuentre libre de discriminación, de modo que permita una adecuada comparación del “trabajo de igual valor”. La obligación del Estado, adicionalmente, incluye la de proveer una instancia judicial adecuada en la que se puedan plantear las situaciones de discriminación.

La Corte Europea de Justicia resolvió en 1989 que los empleadores no tenían derecho a mantener prácticas de pago de salarios oscuras y poco transparentes por no hacer explícitos los criterios a partir de los cuales se establecían salarios diferenciales.⁴¹ Asimismo, resolvió que a los efectos de determinar la existencia de discriminación en el pago de salarios entre varones y mujeres, la comparación se debía hacer entre trabajadores de un mismo establecimiento o área de servicios, de distinto sexo, aun cuando no fueran empleados contemporáneamente. De acuerdo con lo resuelto por esta Corte en el particular contexto de las normas de la Unión Europea, la comparación con un trabajador varón hipotético requeriría la existencia de una legislación nacional uniforme y de estándares previamente acordados que permitieran un estudio entre las diversas industrias nacionales.⁴²

Segunda cuestión a debatir: el problema de la discriminación indirecta y la justificación “objetiva” para la diferencia en el trato y en el pago de salarios

Ciertas instancias de discriminación pueden ser identificadas exclusivamente mediante la utilización de criterios de igual trabajo e igual remuneración, mientras que en otros casos de discriminación indirecta ésta sólo se puede identificar en relación con otros mecanismos. El que ciertas políticas de salarios se puedan considerar justificadas sobre bases objetivas ha despertado intensos debates. Consideremos el caso de una empresa que paga un salario por hora más elevado a sus trabajadores de tiempo completo que el que recibe un trabajador de medio tiempo, con la justificación de que busca incentivar a los primeros ya que resulta económicamente más redituable para la empresa. ¿Puede decirse que se trata de una práctica discriminatoria en razón del sexo? ¿El hecho de que el 90% de los trabajadores de media jornada sean mujeres cambia esta apreciación?⁴³

⁴¹ Caso 109/88, *Handels og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk* [1989] ECR 3199 [1991] 1 CMLR 8.

⁴² Caso *Defrenne* (Nº 2) citado en *Craig and De Burka*, *EC Law: cases and materials*, pp. 802 y s.

⁴³ Ver el caso 96/80, *Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* [1981] ECR 911, [1981] 2 CMLR 24, en el cual la Corte Europea de Justicia resolvió que corresponde a los tribunales nacionales de cada Estado miembro resolver, sobre la base de los hechos de cada caso, su contexto

Una evaluación de la proporcionalidad entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos puede brindar elementos para determinar si una medida indirectamente discriminatoria puede ser objetivamente justificada. Este *test* de proporcionalidad toma en consideración, en primer lugar, si la medida obedece a una “real necesidad” del empleador; en segundo lugar, si las medidas son “apropiadas” para cumplir con el objetivo propuesto; y por último, si las medidas son “necesarias” para alcanzar tales objetivos.⁴⁴ Estos estándares, sin embargo, permiten al empleador defender la razonabilidad de las medidas o prácticas aparentemente discriminatorias con justificaciones objetivas que no hagan referencia al sexo de sus empleados o empleadas.

La discriminación indirecta, mientras avanza en el sentido de reconocer los problemas que trae aparejada la comparación con un estándar masculino de empleado, se enfrenta a dos limitaciones importantes. En primer lugar, el impacto proporcionalmente mayor que una práctica que se alega como discriminatoria pueda tener sobre las mujeres, en comparación con sus colegas varones, sólo resulta indicativa de su naturaleza discriminatoria. Frente a esta situación, el empleador acusado de discriminar en forma indirecta puede plantear su defensa con justificaciones que no hagan referencia al sexo de los trabajadores. Por lo tanto, constituye una presunción que admite prueba en contrario por parte del empleador. En segundo lugar, en su aplicación práctica, la discriminación indirecta no requiere cambios radicales profundos en los estándares masculinos del empleo, ya que no ha logrado generar los cambios necesarios en los problemas estructurales que determinan la discriminación de las mujeres en los lugares de trabajo.⁴⁵

Tercera cuestión a debatir: ¿qué constituye salario?

El Convenio N° 100 de la OIT especifica, con un importante grado de detalle, qué debe ser considerado salario, e incluye a esos efectos “el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo”.⁴⁶ Los pagos de seguridad social, regulados por leyes especiales y disponibles para la generalidad de los trabajadores, independientemente de la

y la intención del empleador, si la práctica impugnada representa una práctica discriminatoria en razón del sexo.

⁴⁴ La Corte Europea de Justicia estableció las bases para este *test* de proporcionalidad en el caso 170/84, *Bilka-Kaufhaus GMBH v. Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607, [1986] 2 CMLR 701.

⁴⁵ Sandra Fredman, “European Community Discrimination Law: A Critique”, 21 *International Law Journal* 119, 1992.

⁴⁶ Artículo 1(a) del Convenio N° 100 de la OIT.

rama o industria en la que se hubieran desempeñado con el solo cumplimiento de los requisitos para acceder a tales beneficios, escapan del concepto de “salario”.⁴⁷

En los casos en los que los salarios se fijan a partir de escalas salariales, la forma de determinar estas escalas es relevante a los efectos de asegurar el cumplimiento de la garantía de igualdad.⁴⁸

Preguntas

1. ¿De qué manera la facultad otorgada al empleador para remunerar de manera diferente a los empleados según sus méritos, sin necesidad de prueba al respecto, puede ser usada para ocultar razones discriminatorias?

2. En la sentencia del caso Fernández no se invocó la discriminación de la actora en razón de su sexo, ni aspectos relacionados con la segregación horizontal en el empleo. ¿Hubiera sido relevante para la resolución del caso incluir estas consideraciones? ¿Debería la Corte introducir argumentos relacionados con la composición de la fuerza de trabajo del lugar de que se trata? ¿La consideración de la trayectoria laboral de la señora Fernández hubiera sido relevante a los efectos del problema planteado ante la Corte?

3. ¿Qué valor se le debe otorgar al argumento del “origen histórico” de la distinción utilizado por la Cámara Nacional de Apelaciones en el caso Borobio? ¿Considera usted que dicha distinción perpetúa patrones discriminatorios entre los roles asignados a hombres y mujeres? Exponga sus razones.

4. ¿Qué argumentos no parecen haber sido considerados por la Cámara Nacional de Apelaciones en el caso Borobio?

5. ¿Qué implica el reclamo de la Corte en el caso Fernández (expresado en el voto de los doctores Petracchi y Bacqué) relacionado con la necesidad de utilizar en la empresa “métodos objetivos de evaluación de tareas con criterios comunes a todos los puestos [...] sean globales o analíticos, por ponderación y comparación de factores, asignación de puntos, etc.”? ¿Cuáles podrían ser tales métodos? ¿Esos métodos serían aptos para identificar las instancias de discriminación en el empleo? En su caso, ¿cualquier forma de discriminación?

⁴⁷ Sin perjuicio de ello, es interesante señalar que las normas que vedaban el acceso a los beneficios de la seguridad social a los cónyuges varones de las empleadas, en condiciones de igualdad con las cónyuges mujeres de los empleados, ha dado lugar a interesantes planteos judiciales. Se evidenció, una vez más, el presupuesto normativo del empleado varón, proveedor del hogar, mediante el cual se trasladaban los beneficios de la seguridad social a los integrantes de su familia, incluyendo la cónyuge. Ver, por ejemplo, caso Alicia S. Barcena v. Provincia de Buenos Aires, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 20 de septiembre de 2000.

⁴⁸ Ver artículo 1(b) del Convenio N° 100 de la OIT.

6. ¿Cree que en el caso Ratto la Corte siguió las directivas del Convenio de la OIT en cuanto a la objetividad de las justificaciones para el pago diferencial de salarios? ¿Cómo cambió o no esta argumentación en el caso Fernández? ¿En la decisión del caso Ratto hubo una evaluación de los ítems que se consideran “salario” a los efectos del pago? ¿Cree usted que tal consideración hubiera sido relevante?

7. ¿Cómo podría medirse el trabajo igual a los efectos de verificar la igualdad en la remuneración, en un contexto de segregación horizontal en el empleo? En el caso Fernández, ante la ausencia de enfermeros varones, ¿cómo determinar si la causa de la discriminación en la remuneración había sido el sexo de la reclamante? ¿En el caso Borobio se respetaron las disposiciones del Convenio N° 100 de la OIT en cuanto a la consideración de las escalas salariales?

C. TERCER PROBLEMA: ACCIONES AFIRMATIVAS EN EL EMPLEO COMO ESTRATEGIA DE CAMBIO Y COMO SOLUCIÓN

La legislación antidiscriminatoria en materia de empleo, en sus orígenes, consistía en normas penales o civiles que sancionaban las conductas abiertamente discriminatorias. Éstas sólo podían ser cuestionadas por el afectado directo, quien se enfrentaba con las necesidades de satisfacer los estándares de prueba y las particularidades del proceso penal o civil vinculado con un reclamo de daños. Estos dos enfoques no ofrecían una forma viable de reparación y no contribuían sustantivamente a disminuir las causas o situaciones de discriminación en el empleo.⁴⁹ La evolución de las normas hacia la posibilidad de ampliar el grupo de personas que eventualmente pueden plantear un reclamo, y el aumento de remedios disponibles frente a un acto discriminatorio resulta auspiciosa a la hora de brindar soluciones más integradoras.

En esta sección se presenta, en primer lugar, un caso que ilustra las posibilidades de usar las medidas de acción afirmativa en el ámbito del empleo como medidas preventivas tendientes a fomentar la constitución de un lugar de trabajo más representativo de la diversidad de género —en cuanto a la segregación vertical tanto como en la horizontal que habitualmente se observa—. Luego se presenta la concepción de las acciones afirmativas como medidas correctivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, y su uso concreto por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina, en el caso *Freddo* ya citado.⁵⁰

⁴⁹ Para una descripción de la evolución histórica de las normas antidiscriminatorias en los Estados Unidos, ver Bonfield, “The Origin and Development of American Fair Employment Legislation”, *Iowa Law Review*, junio de 1967, pp. 1043-1091.

⁵⁰ Sobre las acciones afirmativas ver también el capítulo “Ciudadanía” de este libro.

En su rol de empleador, Chile adoptó un “Código de buenas prácticas laborales sobre no discriminación para la administración central del Estado” que sienta las bases para las políticas de no discriminación.

Código de buenas prácticas laborales sobre no discriminación para la administración central del Estado chileno⁵¹

[...]

Desarrollo de carrera y acceso a la capacitación:

- a. Los servicios, a través del departamento de recursos humanos o el que haga sus veces, deberán tomar las medidas necesarias para garantizar que, al interior de la institución exista la debida difusión de los procesos de promoción. Dicha difusión deberá efectuarse, en especial, a través del correo electrónico y mediante la publicación de avisos en los lugares más visibles y concurridos de sus dependencias.
- b. Los servicios deberán asegurar, según criterios y condiciones uniformes, un igual acceso a la formación y capacitación, sin que existan discriminaciones de ningún tipo.
- c. Las acciones de capacitación deberán desarrollarse dentro de la jornada de trabajo, salvo que, por circunstancias extraordinarias y no previsibles, ello resultare imposible. En este último caso, se deberá conciliar con el jefe directo la forma en la que se facilitará el acceso a la capacitación.
- d. Se deberá instar a que los comités bipartitos de capacitación incluyan temáticas como “la no discriminación e igualdad de oportunidades” en su plan anual de capacitación.

Representación equilibrada o paritaria entre hombres y mujeres en los cargos de jefatura y de responsabilidad directiva:

- a. Propender y fomentar una mayor participación de las mujeres en los concursos de cargos directivos y de responsabilidad, implementando, entre otras medidas, moda-

⁵¹ El Código declara como objetivos el reafirmar la voluntad del Estado de impulsar políticas y medidas contra la discriminación, que tiendan a promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo en el sector público; el generar o garantizar condiciones que promuevan la igualdad de oportunidades en los órganos de la administración del Estado, asegurando la vigencia del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo relativo al acceso al empleo, la retribución, la promoción, la formación profesional y las condiciones de trabajo. Para tal efecto incluye las directrices del proceso de reclutamiento y selección, el desarrollo de la carrera y acceso a la capacitación, la representación equilibrada o paritaria entre hombres y mujeres en los cargos de jefatura y de responsabilidad directiva; protección de los derechos a la maternidad y responsabilidades parentales, conciliación de responsabilidades familiares

lidades amplias de difusión. Especial relevancia y cuidado adoptará el departamento de recursos humanos o el que haga sus veces, en la difusión de los concursos que se efectúen para la provisión de cargos con nivel de responsabilidad institucional, a fin de que lleguen al conocimiento oportuno de todos los funcionarios y funcionarias habilitados para concursar, en igualdad de condiciones.

b. Propender a una representación equilibrada o paritaria entre hombres y mujeres en la designación de jefaturas de los ministerios y servicios públicos no incorporados al Sistema de Alta Dirección Pública.

c. Priorizar, en igualdad de condiciones y mérito, la designación de mujeres en los concursos de jefaturas, en aquellos ámbitos o sectores en que se encuentren subrepresentadas.

d. Precaer que la valoración y retribución del trabajo de hombres y mujeres se funde en criterios distintos del mérito, evitando toda discriminación fundada en el sexo.

En el marco de una demanda de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional de Colombia se refirió recientemente a las acciones afirmativas en el empleo en los siguientes términos:⁵²

[...] La prohibición expresa de discriminación por razón de sexo de la cláusula de igualdad contempla igualmente una excepción. Ésta consiste en que el trato normativo diferenciado por razón de sexo que la Constitución prohíbe es aquel que es desfavorable. [...] dicha prohibición convive en nuestro sistema jurídico junto con el deber de proteger —dictando las medidas necesarias para ello— reforzada y especialmente a las mujeres. Lo que hace viable que a partir de la Constitución no sólo se permita sino que se obligue a un trato diferenciado por parte de la ley y las autoridades a las mujeres, para favorecerlas. De este criterio surge la posibilidad, y en ocasiones la obligación de implementar normas sobre la base de criterios discriminatorios con el fin de favorecer a grupos que son objeto de protección especial (acciones afirmativas).

Por lo anterior, para la Corte ha sido claro que el trato diferenciado entre hombres y mujeres por parte del derecho y de las autoridades sólo es posible cuando dicho trato se configura como una medida a favor de éstas, y siempre que no tenga como trasfondo una supuesta protección que se sustente en la asunción de la mujer dentro de los roles tradicionales a los cuales se ha visto sometida históricamente. Esto es que no implique una discriminación indirecta.

y laborales y la prevención y sanción de acoso laboral y sexual. Disponible en <http://buenas-practicas.sernam.cl>.

⁵² Sentencia C-534/05.

[...]

De este modo, junto con la prohibición de discriminaciones directas e indirectas en contra de las mujeres, se revela la existencia de un tipo de diferenciación, que no es desfavorable sino favorable a las mujeres y por tanto permitida constitucionalmente. Tal como se dijo, resulta ser discriminación (*discriminación inversa*) en la medida en que sustenta medidas normativas cuyo criterio diferenciador es uno de los criterios prohibidos por el artículo 13 de la Constitución. Aunque se fundamenta en el deber del Estado de tomar las medidas adecuadas para proteger grupos históricamente marginados como el grupo de las mujeres, entre otros.

La dinámica que despliega este deber estatal, se ha denominado “acción(es) positiva(s)”. Ésta(s) sugiere(n) en la mayoría de los casos tan sólo una posibilidad, y en otras una obligación del legislador, de hacer uso de criterios en principio discriminatorios con el fin de equiparar situaciones de hecho que se han presentado tradicionalmente en detrimento de algunos grupos.

[...]

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desplegado ampliamente el contenido del mandato constitucional de promover las condiciones y adoptar las medidas a favor de los grupos discriminados o marginados para la consecución de una igualdad real y efectiva, contenido en el inciso 2° del artículo 13 de la Carta. Junto con la inclusión del colectivo de las mujeres en estos grupos discriminados, no sólo por medio del artículo 43 constitucional sino también de la suscripción por parte de Colombia de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, y de la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”. Lo que ha interpretado esta Corporación como un ejercicio necesario de equiparación de las condiciones y oportunidades de las mujeres respecto de las de los hombres. Es así, en un sentido *proactivo*, que este Tribunal Constitucional ha entendido el concepto y alcance de las acciones positivas derivadas del mencionado artículo 13 en su inciso 2°:

Este inciso, entonces, alude a la dimensión sustancial de la igualdad,

[...] al compromiso estatal de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos.

Si bien pueden generar una desigualdad, lo hacen como medio para conseguir el fin de una sociedad menos inequitativa y más acorde con el propósito consignado en el artículo 2 de la Carta, de perseguir un orden justo.

En síntesis, no toda utilización de criterios en principio vedados es discriminatoria, pues como bien lo ha afirmado esta Corte,

[...] mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación. Así, si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre, o aquella de los indígenas frente a los blancos, pues es obvio que la ley debe recurrir a clasificaciones étnicas o sexuales [...] (C-371 de 2000).

Las medidas de acción afirmativa, entonces, pueden representar la respuesta concreta a una situación de discriminación en el empleo. Con ese propósito, en el caso *Freddo*, presentado en el primer problema de esta sección, la Cámara resolvió lo siguiente:

En determinadas ocasiones es menester adoptar medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes, por su raza, sexo, religión, condición social, etc., se encuentran en una condición desigual. Es lo que se conoce por discriminación inversa y que nuestra Constitución admite en forma expresa, aunque bien podría sostenerse que ello era posible aún antes de la reforma. Es sumamente razonable que el legislador intente corregir una desigualdad de la realidad a través de una diferenciación jurídica.

Existen casos en los que es menester discriminar para igualar, aunque suene contradictorio, cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados “programas de acción afirmativa”, cuyo propósito es reparar injusticias pasadas.

Se deja atrás el viejo concepto de igualdad formal y se avanza hacia una igualdad real, hacia una igualdad de oportunidades.

Las medidas de discriminación inversa deben ser razonables. Se señalan como límites a esta política la búsqueda del equilibrio entre los diferentes sectores, lo que conlleva a no otorgar derechos excesivos en el correlato de contralor rápido y expeditivo. A la vez, evitar que la medida implique una disminución de oportunidades inequitativa a otros, o que trabe la optimización y/o excelencia del servicio, cargo o función; impedir el corporativismo.

Por ende, al haberse acreditado la discriminación, y al no haber justificado con argumentos razonables la demandada su conducta, el Tribunal resuelve: Revocar la sentencia apelada y hacer lugar al amparo; con costas a la vencida. Corresponde, entonces, condenar a *Freddo S.A.* a que, en el futuro, sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida. A tal fin, deberá presentar a la actora un informe anual, y deberá permitirle el acceso a la información correspondiente. En caso de no cumplir con lo aquí dispuesto será sancionada con las multas que, previa audiencia de las partes, se fijen en la etapa de ejecución.

Cuestiones a debatir

Los debates sobre las justificaciones morales y políticas para la incorporación de medidas de acción afirmativa con el objetivo de promover la presencia de grupos desaventajados en áreas como la participación política o la educación, se plantea también en el marco del empleo remunerado.⁵³ En los países anglosajones, durante las décadas del sesenta y del setenta, y en línea con el movimiento por los derechos civiles, se aplicaron diversos mecanismos de acción afirmativa en materia de empleo, convalidados por los tribunales y las agencias administrativas encargadas de interpretar y aplicar las normas relevantes. Sin embargo, esa situación cambió a partir de la segunda mitad de la década del setenta con los crecientes cuestionamientos judiciales sobre la constitucionalidad de los sistemas de cuotas entonces presentes en ciertas normas nacionales.

El alcance de las acciones afirmativas en el empleo

La legislación hoy vigente para la Unión Europea reconoce la posibilidad de que, con el propósito de asegurar la plena vigencia de la garantía de igualdad en el empleo para varones y mujeres, los Estados miembros puedan establecer medidas que otorguen ventajas específicas para facilitar a los miembros del sexo subrepresentado su ingreso a determinadas actividades laborales o la prevención o eliminación de desventajas comparativas que pudieran existir en sus carreras profesionales.⁵⁴

En el contexto de una problemática social y política claramente diferente, es interesante la experiencia de Irlanda del Norte, cuya legislación vigente desde 1989 busca asegurar el acceso al empleo en condiciones de justicia para los miembros de la Iglesia protestante y la Iglesia católica con medidas de acción afirmativa definidas como

⁵³ Sobre las acciones afirmativas en las instancias de representación política, y su justificación desde el derecho constitucional, ver Marcela Rodríguez, “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en Alda Facio y Lorena Fries, eds., *Genero y derecho*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1999. En general, una discusión sobre las acciones afirmativas, su justificación y cuestionamientos, en Drew Days III, “Acción afirmativa”, en Roberto Gargarella, comp., *Derecho y grupos desventajados*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, y en Bernard R. Boxill, “Igualdad, discriminación y trato preferente”, en Peter Zinder, ed., *Compendio de ética*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, capítulo 29.

⁵⁴ Ver artículo 141(4) (antes 119) del Tratado de la Unión Europea. Asimismo, la Directiva 76/207/EEC, [OJ 1976, N° L39/40] establece: “4. La presente Directiva [de igualdad de trato entre varones y mujeres] no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1”.

[...] aquellas acciones diseñadas para asegurar la participación equitativa en el empleo por parte de miembros de la religión Protestante o miembros de la iglesia Católica en Irlanda del Norte, incluyendo (a) la adopción de prácticas que promuevan dicha participación; y (b) la modificación o eliminación de prácticas que hayan tenido o que pudieran haber tenido el efecto de restringir o desalentar dicha participación.⁵⁵

Al incorporar los conceptos de justicia en la participación en el empleo, objetivos, medidas y plazos para alcanzarlos, la norma no sólo es conceptualmente diferente, sino que también incluye innovaciones institucionales relevantes.⁵⁶

Entre los empleadores privados, las medidas de acción afirmativa surgen al valorar la importancia de contar con una fuerza de trabajo diversa, reconociendo las mayores dificultades que enfrentan determinados grupos minoritarios. Estas medidas no se materializan a través de la determinación de cuotas fijas de empleos a cubrir con miembros de determinado sexo, raza o religión, sino mediante políticas de acercamiento —oportunidades laborales, capacitación, promoción— a grupos subrepresentados, incluyendo programas específicos para la contratación y acompañamiento. Entre las herramientas de las que disponen los Estados para promover políticas activas que promuevan la incorporación de grupos subrepresentados a la fuerza de trabajo se encuentra el monitoreo de las políticas de contratación, promoción y remuneración de los

⁵⁵ Ver *Fair Employment (Northern Ireland) Act, 1989*, que modifica y reemplaza parcialmente la ley anterior de 1979. Asimismo, las normas similares vigentes en Inglaterra e Irlanda del Norte contra la discriminación en razón del sexo (*Sex Discrimination Act, 1975*) o en razón de la raza (*Race Relations Act, 1976*) no incluyen normas similares a las aprobadas para el ámbito del empleo en Irlanda del Norte.

⁵⁶ Los empleadores del sector público y una gran cantidad de empleadores del sector privado se encuentran obligados a registrarse ante el organismo estatal de control y monitorear periódicamente la composición de sus respectivas nóminas de empleados. En algunos casos, la obligación también incluye el monitoreo de las personas que aplican para solicitudes de empleo con tales empleadores. El objetivo de tales controles periódicos es determinar si existe una participación equitativa en las nóminas de empleados y, en aquellos casos en los que la falta de equilibrio es evidente, se podrá requerir a los empleadores que tomen medidas de acción afirmativa. El organismo de control en la aplicación de esta norma podrá también requerir de oficio la adopción de medidas de acción afirmativa, y podrá asimismo establecer objetivos y cronogramas para monitorear su evolución y cumplimiento. Un aspecto relevante de esta norma es la incorporación de medidas alternativas para asegurar su cumplimiento; éstas profundizan las tradicionales funciones de control o investigación de los organismos competentes del Estado o la capacidad de los afectados de reclamar judicialmente los remedios legalmente previstos. La norma establece que, en caso de incumplimientos reiterados, los contratos con el Estado o los subsidios estatales pueden ser eventualmente retirados como una forma de penalidad. Para un análisis de la legislación, ver Christopher McCrudden, "Affirmative Action and Fair Participation: Interpreting the Fair Employment Act 1989", en *Industrial Law Journal*, vol. 21, N° 3, septiembre de 1992.

actuales o potenciales contratistas del Estado respecto de sus propios empleados y empleadas.

Preguntas

1. ¿En qué medida el “Código de buenas prácticas del Estado chileno” incorpora normas de acción afirmativa? ¿Qué medidas de previsión incluye para asegurar su cumplimiento? ¿Estas normas se pueden considerar incentivo suficiente para que las políticas sean imitadas por los empleadores privados? ¿Qué medidas concretas se podrían tomar para lograr ese objetivo? Evalúe el código propuesto en Chile en relación con las normas vigentes en Irlanda del Norte.

2. ¿Cree que en el caso Freddo, ante la existencia de argumentos que hubieran justificado adecuadamente la discriminación, la solución del caso en cuanto al establecimiento de una acción afirmativa hubiera sido distinta? ¿Tratándose de un establecimiento de comercio de carácter privado, podría Freddo alegar que esta decisión constituye una restricción indebida a su libertad de empresa?

3. En el contexto de las democracias liberales de América Latina, ¿qué parámetros o características deben respetar las acciones afirmativas para ser compatibles con el ordenamiento constitucional? En su opinión, ¿las acciones afirmativas son justificadas en todos los casos? ¿Por qué? ¿Qué papel juega el mérito en las posibilidades de contratación y promoción en el empleo en el marco de las acciones afirmativas consideradas admisibles por la Corte Constitucional de Colombia? ¿Cómo se resolvería una cuestión de esa naturaleza en caso de que un candidato varón, en el marco de la resolución judicial de ese caso, alegara haber sido discriminado en sus posibilidades de ser contratado por Freddo? ¿Qué argumentos podrían esgrimirse para cada posición?

II. RESPUESTAS FRENTE A LA DIFERENCIA

La tensión entre el trabajo productivo y el reproductivo⁵⁷ es una de las causas centrales de las condiciones de desigualdad que asedian al empleo femenino. La capacidad biológica de las mujeres para la reproducción ha sido causa de la exaltación sentimental de la condición femenina y simultáneamente de su degradación y estigmatización más frecuentes. Como en otros ámbitos, en el trabajo remunerado la aptitud para la gestación y la lactancia actúan como ejes

⁵⁷ En esta sección me referiré a las primeras etapas del “trabajo reproductivo” y sólo analizaré los problemas relacionados con el trabajo que desarrollan las mujeres durante el embarazo y luego del parto durante los meses dedicados a la lactancia y al cuidado de los niños. La expresión “trabajo reproductivo” es utilizada, sin embargo, de forma más amplia para englobar cuestiones vinculadas al cuidado de adultos y personas mayores.

estructurantes de conductas, prácticas, reglas y actitudes discriminatorias que afectan a todas las trabajadoras: a las madres y a aquellas que nunca llegarán a serlo por decisión o por imposición. De otra parte, la desigual dedicación de las mujeres al cuidado de niños y adultos, sumada al desequilibrio en la distribución de otras tareas domésticas, ha resultado con frecuencia incompatible con ocupaciones fuera del hogar, o en la imposición de una doble o triple jornada. Asimismo, en los casos en los que las mujeres se han retirado del mercado de trabajo remunerado, para dedicarse exclusivamente a la maternidad y al cuidado de las personas del hogar, el costo y la sanción económica emergentes de esas opciones han sido inestimables.

Las disidencias conceptuales sobre el rol social de la maternidad, el embarazo, la lactancia, el cuidado de los niños y otros familiares y la articulación de esos momentos de la vida de las mujeres con el trabajo remunerado explican los diversos abordajes propuestos desde el feminismo a la hora de pensar aspectos como la regulación del embarazo, las licencias parentales y las políticas y estructuras para el cuidado de los niños.

Las feministas de distintas perspectivas han coincidido en describir el mercado de trabajo como promotor de ambientes hostiles hacia las madres: fuerzan a las mujeres a realizar transacciones improbables entre sus compromisos laborales y sus responsabilidades en el cuidado de los niños.⁵⁸ Sin embargo, a la hora de promover reformas en las instituciones del mercado de trabajo, las diversas explicaciones de la opresión han conducido a abordajes contrapuestos para enfrentar la tensión entre la promoción de la igualdad y el procesamiento de las diferencias biológicas y socialmente construidas.

Las feministas liberales en la década del setenta han propuesto eliminar los impactos de las diferencias entre varones y mujeres por sus funciones reproductivas. Han promovido legislaciones neutrales frente al sexo de los trabajadores que contribuyan a eliminar la discriminación imperante. Para estas feministas, las diferencias físicas entre varones y mujeres son o deberían ser irrelevantes. Así, en lugares como Estados Unidos, donde no existían licencias parentales, las feministas han cuestionado las nuevas políticas de reconocimiento de permisos; y allí donde ya existían, algunas han propuesto eliminarlas.

Sin embargo, en décadas más recientes, algunas feministas liberales, alineadas ahora en una recepción feminista de las propuestas liberales rawlsianas, han reconceptualizado algunas de sus visiones más antiguas sobre la exigencia

⁵⁸ Mary Joe Frug, "Securing Job Equality for Women: Labor Market Hostility to Working Mothers", 59 *B. U. L. Rev* 55, 1979; Nancy Dowd, "Work and Family: The Gender Paradox and the Limitations of Discrimination Analysis in Restructuring the Workplace", *Harv. C. R. C. L. Rev* 79, 1989 (describe las complejidades y los grados del conflicto entre el trabajo y la familia, situación que afecta a una proporción importante de la fuerza de trabajo).

de “neutralidad” estatal sobre el tema. Han adscrito entonces a reivindicaciones similares a las de las feministas socialistas a partir del reconocimiento de la importancia de la promoción de la igualdad en la distribución de las cargas domésticas como un requisito para fomentar la igualdad fuera del hogar.⁵⁹ Estas feministas han promovido, por ejemplo, el desarrollo de los servicios de guarderías, o políticas de licencias por paternidad más extensas, y, según el caso, obligatorias.

Las feministas culturales, en cambio, reclaman la revalorización del rol de la mujer embarazada, su protección como trabajadora y la definición de una serie de beneficios específicos destinados a promover la asunción de la maternidad como un placer y un privilegio exclusivo de las mujeres. Han reivindicado así el salario de las amas de casa, la colectivización del cuidado de niños o la extensión de los permisos maternales para ampliar el período de cuidado exclusivo como instrumentos para la revalorización de la maternidad, la lactancia y las tareas de cuidado.

Finalmente, las feministas socialistas, que resisten la propuesta feminista de identificar la clase como la fuente primaria de la dominación masculina, han sugerido enfrentar tanto al capitalismo como al patriarcado, e intentar así remediar las condiciones económicas y sociales que imponen la dominación. Para erradicar la división sexual del trabajo, las feministas socialistas han acentuado sus propuestas sobre la protección del embarazo y el cuidado de los niños, defendiendo la socialización de los costos de ambos.

En Latinoamérica, nuevas y viejas propuestas feministas continúan difundándose. Algunas de ellas se reflejan en casos concretos frente a los tribunales, donde se comienzan a articular principios básicos para enfrentar la discriminación originada en la reproducción y en los conflictos entre el trabajo en el hogar y fuera de él.

Para ilustrar este proceso seleccioné tres problemas característicos de las agendas feministas liberal, cultural y socialista. En primer lugar, el debate sobre los fueros maternales que, en un sentido, reflejan que todavía la aspiración del feminismo de comienzos del siglo XX y de los movimientos de trabajadores sobre la protección más básica de la mujer embarazada continúa siendo una promesa incumplida: los empleadores públicos y privados de la región no logran internalizar el mandato legal de respeto de la empleada gestante. En segundo término, me refiero al debate sobre los permisos parentales para ejemplificar

⁵⁹ Sobre las propuestas de feministas de tradición liberal igualitaria, ver, por ejemplo, Susan Moller Okin, *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, New York, 1989. Sobre las visiones de las feministas socialistas, ver, por ejemplo, Alyson Jaggar, *Feminist Politics & Human Nature*, Rowman & Allanheld, New York, 1983; R. Tong, *Feminist Thought: A Comprehensive Introduction*, Westview Press, New York, 1989.

las tensiones del dilema diferencia, trato igualitario. Finalmente, considero brevemente la implementación de políticas de cuidado de niños y niñas en el marco de la regulación del trabajo.

A. PRIMER PROBLEMA: LA SANCIÓN POR LA MATERNIDAD

A comienzos del siglo XX, los movimientos de trabajadores y las feministas promovieron diversas reformas legales protectoras del trabajo. Estas reformas incluían la regulación de la jornada y la restricción del empleo de mujeres en ocupaciones consideradas peligrosas para la salud o el bienestar físico y moral.⁶⁰ Las protecciones especiales se fundaban en las diferencias entre varones y mujeres, haciendo hincapié en las funciones reproductivas femeninas.⁶¹ En algunos países latinoamericanos, la protección de la trabajadora embarazada, según lo que se conoce como políticas de fuero maternal, también data de esta primera época de la regulación del trabajo.⁶²

Las feministas han debatido *in extenso* las bondades y los límites de las regulaciones que contemplan un trato especial para la maternidad. Hoy es posible encontrar visiones disidentes a la hora de evaluar las bondades y los perjuicios de los fueros maternales y las restricciones al trabajo de la mujer embarazada. A partir del primer problema se discutirán algunas de las visiones enfrentadas sobre los efectos del trato especial para las licencias por maternidad. Muchos de los argumentos que han surgido en ese debate son trasladables a la discusión sobre la regulación del embarazo en el trabajo. Dejemos aquí este aspecto de la cuestión para abordarlo en el contexto similar de las licencias, y veamos otras aristas de la implementación de los fueros partiendo de su aceptación como una protección positiva para las madres trabajadoras.

⁶⁰ Sobre la historia de las regulaciones del trabajo femenino ver, en general, *Historia de las mujeres*, op. cit.; C. Borderías, C. Carrasco y C. Alemany, comps., *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*, op. cit.; S. Lehrer, *Origins of Protective Labor Legislation for Women*, State Univ., New York Press, New York, 1987.

⁶¹ Las palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Muller (208 U.S., 412 b (1908) ilustran algunos de los argumentos que justifican las normas de regulación del trabajo insalubre para las mujeres: “En primer lugar, las mujeres se encuentran inherentemente en una situación de mayor necesidad de protección frente a la sobrecarga de trabajo debido a su estructura física, especialmente cuando desarrollan sus ‘funciones maternales’, y son esencialmente incapaces de exigir sus propios derechos como lo hacen los varones. En segundo término, las mujeres son las encargadas de preservar la raza y, por lo tanto, el bienestar de la sociedad depende de su bienestar y de su libertad que puede ser restringida por el bien del niño por nacer y de la sociedad”.

⁶² Convenio OIT.

Los tipos y la extensión de la protección del trabajo de la mujer embarazada que otorgan las leyes de la región varían entre países, y en el ámbito doméstico, en el caso de los países federales, incluso entre actividades o regiones. Estas reglas datan con frecuencia de la época en la que se sancionaron los códigos de trabajo o las leyes de regulación del contrato de trabajo. Pero, además, en algunos países que han reformado su Constitución en las últimas décadas, la protección de la mujer embarazada obtuvo ya un estatus constitucional.⁶³ En el plano internacional, varias normas suscritas por la mayoría de los países de la región contemplan especialmente el tema. En este sentido, el artículo 11 de la CEDAW prevé la necesidad de adoptar medidas para prevenir la discriminación de la mujer embarazada en el trabajo, y diferentes normas de los convenios de la OIT convocan al trato especial de la trabajadora embarazada.

La protección del embarazo suele estructurarse en torno a dos tipos de institutos jurídicos. Por un lado, las “protecciones” a la mujer embarazada que contemplan algunas legislaciones limitan su trabajo en general o en condiciones específicas consideradas riesgosas. Por otro lado, se utiliza el fuero maternal que establece diversas modalidades de refuerzo de la estabilidad de la trabajadora luego de la notificación del embarazo. El alcance sustantivo y temporal del fuero maternal y las prohibiciones de trabajo de la mujer embarazada varían significativamente, y estas últimas, en particular, no están presentes en todos los casos.

Algunas legislaciones prohíben que las mujeres embarazadas desarrollen tareas que puedan resultar perjudiciales para la mujer y el feto.⁶⁴ Éste es el caso, por ejemplo, del Código laboral chileno y de la ley de Ecuador. A veces, los empleadores implementan este tipo de reglas compulsivamente, obligando a las mujeres a tomar licencias prolongadas.⁶⁵ El interés por proteger a los fetos del riesgo de nacer con defectos serios como consecuencia de la exposición a sustancias tóxicas o a tareas demasiado exigentes durante el embarazo han servido como justificación de estas normas. Al igual que en la evaluación de los fueros maternales, las feministas disienten de las propuestas de trato especial de la trabajadora embarazada.⁶⁶

⁶³ Es el caso de la Constitución de Bolivia y la de Colombia.

⁶⁴ Algunas legislaciones suman a esta preocupación una anterior: la de evitar que las mujeres realicen trabajos en los que se expongan a daños reproductivos que podrían reducir o acabar con su fertilidad.

⁶⁵ Junto a las normas restrictivas o prohibitivas, algunas empresas contemplan el permiso de trabajar si la mujer acredita su esterilidad.

⁶⁶ Para una descripción del debate sobre trato especial y trato igualitario en Estados Unidos ver Martha Chamallas, “Introduction to Feminist Legal Theory”, *Aspen Law & Business*, 1998, pp. 47-52.

Por otro lado, durante la vigencia del fuero maternal, las trabajadoras gozan de una estabilidad laboral reforzada. Sin embargo, los términos de esa estabilidad varían de país a país. En Argentina, por ejemplo, el fuero maternal previsto en la Ley de Contrato de Trabajo se extiende durante el embarazo y hasta siete meses y medio después del alumbramiento.⁶⁷ En Bolivia se garantiza la inamovilidad de todas las mujeres en estado de embarazo desde el inicio de la gestación hasta el primer año de edad de la descendencia.⁶⁸ En Chile, en cambio, la protección finaliza un año después de la terminación de la licencia por maternidad, es decir, se extiende a los quince meses posteriores al parto.⁶⁹ Otros países, como El Salvador y Uruguay, definen la extensión de la protección hasta la terminación del descanso postnatal.⁷⁰ En los casos en los que la ley es menos precisa, como el uruguayo, la jurisprudencia ha considerado que la prohibición de despedir debe extenderse por seis meses contados a partir del reintegro de la mujer al trabajo.⁷¹

Además de las variaciones en los plazos del fuero maternal, las legislaciones latinoamericanas que lo contemplan difieren en las modalidades propuestas para remediar la situación de la trabajadora despedida por causa de embarazo. Mientras en algunos países es obligatoria la reincorporación de la trabajadora despedida,⁷² otros permiten optar por la reincorporación o una indemnización agravada, que en algunos convenios colectivos de trabajo llegan al doble de la indemnización estándar.⁷³ En otros casos, los empleadores pueden solicitar autorización a la autoridad administrativa de control de la relación laboral para despedir a la mujer embarazada.⁷⁴ Por el contrario algunas legislaciones, como la dominicana, declaran la nulidad del despido de la mujer embarazada.⁷⁵

⁶⁷ Artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina.

⁶⁸ Ley 975 de Bolivia.

⁶⁹ Laura Pautassi, Eleonor Faur y Natalia Gherardi, “Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad”, CEPAL, *Serie Mujer y Desarrollo*, N° 56, 2004.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² *Ibíd.*

⁷³ Es el caso, por ejemplo, de Argentina. El convenio colectivo 131/75 prevé la duplicación de la indemnización del artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo para el despido en caso de embarazo.

⁷⁴ Ver al respecto la sentencia colombiana transcrita más abajo.

⁷⁵ Artículo 233: “La mujer dominicana no puede ser despedida de su empleo por el hecho de estar embarazada. Todo despido por embarazo es nulo”. El artículo 234 dice que no se puede obligar a la mujer embarazada a hacer esfuerzos físicos que puedan poner en peligro a la mujer o a la criatura. El artículo 235 establece que si el trabajo que realiza la mujer embarazada es

Todas las legislaciones latinoamericanas mencionadas y las normas internacionales coinciden en la necesidad de otorgar un trato especial a la mujer en estado de embarazo. Sin embargo, la justificación de ese trato especial difiere. A menudo, la protección del embarazo se justifica en términos de la protección del feto o el sostenimiento económico del niño o la niña en sus primeros meses de vida; en otros casos, como el de la CEDAW, la protección es considerada como una medida para combatir la discriminación por sexo en el trabajo.⁷⁶

Las siguientes sentencias ilustran algunas de las discusiones jurídicas llevadas a los tribunales en ocasión del reclamo por despidos de mujeres embarazadas.

Tribunal Constitucional de Bolivia
Sentencia constitucional 0906/2006-R
Claudia Pastén Alarcón contra Gustavo Ávila Bustamante,
Ministro de Gobierno y otros
18 de septiembre de 2006

Problemas jurídicos

¿El traslado intempestivo a otra jurisdicción constituye una violación del derecho a la estabilidad especial reconocido a la mujer embarazada? ¿Es procedente la vía procesal del amparo para reclamar frente a la violación del derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada, o deben agotarse los procedimientos ordinarios previstos en la ley?

Hechos

El 22 de julio de 2005, la señora Pastén Alarcón ingresó a trabajar a Asesoría Jurídica del Viceministerio de Régimen Interior del Ministerio de Gobierno, y el 31 de agosto fue designada responsable del área jurídica de esa entidad. El mismo día, el Viceministro le comunicó que por razones de mejor servicio, desde el 1° de septiembre de 2005 se prescindiría de sus servicios, y que se le pagaría su sueldo de agosto.

daño o peligroso para la salud de la mujer o el niño, el empleador está obligado a asignarle otro tipo de trabajo. Código de Trabajo de la República Dominicana, 1992.

⁷⁶ En ese sentido, el artículo 11 de la CEDAW obliga a los Estados parte a adoptar medidas apropiadas para “impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar”, para lo que deberán: “a) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; [...] d) prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella [...]” (CEDAW, artículo 11).

La señora había comentado que estaba embarazada, y ésta fue la razón del despido. El 8 de septiembre de 2005 le dirigió una nota al Ministro de Gobierno en la que le exponía que al despedirla se había ignorado el hecho de que ella se encontraba protegida por la ley 975, por lo que solicitó su reincorporación. El 29 de septiembre, el Director general de asuntos administrativos del ministerio de Gobierno le comunicó su restitución al cargo. Unos días después, el Viceministro dispuso que la señora se desempeñara como administradora distrital para la Dirección General de Asuntos Administrativos en Potosí. Ante la notificación ella reclamó, y el Director General le dijo que el cambio de funciones y lugar de trabajo no afectaba su embarazo, ya que en Potosí gozaría de seguro médico. A pesar de haber cuestionado el traslado de ciudad, su reclamo fue desoído. Finalmente, luego de que la señora Pastén Alarcón no se presentara en Potosí, el 10 de noviembre el Director general de Asuntos Administrativos del ministerio de Gobierno la destituyó por abandono de funciones.

Decisión

El tribunal consideró que el Director Distrital cometió un acto ilegal, arbitrario y atentatorio contra los derechos fundamentales del trabajo, la salud y la seguridad social de la señora Pastén Alarcón, al haber dispuesto en forma intempestiva la transferencia de la recurrente de una localidad a otra. Asimismo, consideró procedente el recurso de amparo para reclamar por el despido por embarazo.

Extractos

En el recurso de amparo constitucional interpuesto se solicita se ordene la inmediata restitución de la Sra. Pastén Alarcón al cargo de Responsable Jurídica del Viceministerio de Régimen Interior en La Paz, se le cancelen los sueldos devengados, se disponga su inmediata afiliación a la Caja Nacional de Salud en La Paz, bajo conminatoria de ser procesados como reos de atentado contra los derechos y garantías constitucionales.

Ratificación y ampliación del recurso

En una audiencia posterior la Sra. Pastén Alarcón agregó que los demandados alegaron inclusive una supresión del cargo para cambiar de lugar de sus funciones, pero si fuera ése el caso se tendría que haber comunicado esa situación con anticipación de treinta días.

Informe de las autoridades recurridas

En su informe las autoridades recurridas, luego de afirmar la mayoría de los hechos expresados por la defensa de la Sra. Pastén Alarcón, sostienen: a) desde su restitución hasta el 18 de octubre de 2005, la recurrente asistió a las oficinas del Ministerio para desarrollar su trabajo, pero debido a que su ítem fue suprimido al igual que varios

otros por razones de orden administrativo tendientes a una mejor organización, su labor, que era únicamente entregar rosetas de autorización de uso de vidrios raybanizados, ya no podía ser realizada, pero marcaba su tarjeta de asistencia, y se respetaron todos sus derechos, incluido su nivel salarial, “dejando muy claro que durante su ‘jornada diaria de trabajo’ no hacía nada, absolutamente nada”; b) “sorprendentemente” la recurrente formuló reclamo contra la designación para Potosí que además importa un ascenso en el organigrama del Ministerio, argumentando que se estaría atentando contra su salud y la de su bebé porque en Potosí no cuenta con ningún familiar ni amigo que pueda asistirle en esa etapa de gestación, lo cual fue respondido indicando que todo funcionario debe acatar las transferencias y que el cambio de lugar no afecta a su estado; c) las Sentencias Constitucionales referidas en el recurso no pueden aplicarse a este caso, pues se trata de situaciones distintas a la presente; d) no se violó ningún derecho o garantía fundamental y; e) “una mujer embarazada no puede ser impune a los preceptos legales ya que de lo contrario ingresaríamos a un clima anárquico sin normas y sin protección a los intereses del Estado u sociedad” (sic). Solicitan la improcedencia del amparo constitucional.

Resolución de la instancia anterior

La Resolución 20/05, de 5 de diciembre de 2005, pronunciada por la Sala Social y Administrativa 3ª de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz, concedió el recurso de amparo constitucional disponiendo la inmediata restitución de la recurrente a su cargo, la cancelación de los sueldos devengados, y la tramitación de su afiliación a la Caja Nacional de Salud, con responsabilidad a las autoridades recurridas en la suma de Bs1.000, bajo estos fundamentos: 1) ha existido vulneración a los derechos de la recurrente, al evidenciarse que al momento de su destitución por reubicación y supuesto abandono de funciones, se encontraba bajo los alcances de la protección establecida por la ley 975, de 2 de marzo de 1988, al existir diagnóstico médico y control periódico según el carnet del Seguro Universal Materno Infantil (SUMI), lo que era de pleno conocimiento de los recurridos; 2) a la fecha de la cesación en el cargo, la trabajadora gestante contaba con varias semanas de embarazo, vulnerándose no sólo sus derechos y garantías sino también las del hijo por nacer, habiendo representado y reclamado por el retiro ilegal ante las autoridades recurridas, adjuntando la documentación correspondiente, lo que ameritaba su reconsideración; 3) la supresión del ítem del cargo que ocupaba la recurrente no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley de Administración Presupuestaria (LAPre) de 21 de noviembre de 1999, al no contar con la respectiva Resolución Biministerial; 4) la ley 975 garantiza la inamovilidad funcionaria de todas las mujeres en estado de embarazo desde el inicio de la gestación hasta que el niño nacido cumpla un año de edad, lo que implica la inamovilidad en condiciones adecuadas, sin afectar su nivel salarial ni ubicación en su puesto de trabajo, habiendo los recurridos actuado en

forma ilegal al disponer su destitución intempestiva aduciendo abandono de trabajo, sin tener presente que la determinación de cambio de funciones fue asumida atentando contra su integridad personal al separarla de su entorno familiar y; 5) se hace necesario brindar una tutela inmediata a la recurrente para evitarle un daño irreparable, así como al hijo por nacer.

[...]

Sobre la protección a la mujer trabajadora embarazada y su hijo en los términos de la ley 975, de 2 de marzo de 1988, la jurisprudencia de este Tribunal es invariable en otorgar la tutela en casos en que una mujer trabajadora ha sido despedida a pesar de encontrarse embarazada, por constituir la referida ley el desarrollo de la previsión constitucional contenida en el artículo 193 de la CPE sobre la protección de la maternidad por parte del Estado, al estar este aspecto íntimamente relacionado con un derecho fundamental primario y sobre el cual se sustentan todos los demás derechos, como es el derecho a la vida, es por ello que en varios casos se ha excusado inclusive la observancia de los principios de subsidiariedad e inmediatez que informan el amparo constitucional, a los efectos del ejercicio pleno de este derecho que asiste a la mujer trabajadora en estado de embarazo, no sólo para la protección de ésta, sino también y fundamentalmente del nuevo ser. Es así que por ejemplo, en la SC 0785/2003-R, de 10 de junio, se señaló lo siguiente:

La ley 975 de 2 de marzo de 1988 en su art. 1 establece la inamovilidad en su puesto de trabajo de la mujer en período de gestación hasta un año de nacido el hijo, y abarca tanto a las empleadas del sector privado sujetas a la Ley General del Trabajo como a las funcionarias o servidoras públicas, sin exclusión, sean con contratos permanentes o eventuales porque el sentido de la norma es la protección de la maternidad por parte del Estado como lo expresa el precepto constitucional contenido en el art. 193 de la Carta Fundamental. [...] Si bien el amparo constitucional tiene naturaleza subsidiaria, por ello antes de plantearlo se deben agotar las vías ordinarias de defensa; no es menos cierto que agotar esos medios ordinarios implica para la gestante un perjuicio que podría ser irreparable proveniente de una acción ilegal e indebida de la autoridad recurrida. En tal situación, es viable este amparo como mecanismo rápido y eficaz para proteger prioritariamente los derechos de la recurrente que se encuentra en estado de gravidez y del ser en gestación.

[...]

En este caso no puede exigirse a la Sra. Pastén Alarcón que, previamente a la interposición del amparo constitucional, agote los medios de reclamo previos, por cuanto la protección del recurso de amparo en casos similares, excusa el agotamiento de tales vías, en ese entendido resulta pertinente ingresar al análisis del fondo del asunto.

[...]

Análisis de la presente problemática

Para ingresar al examen de la situación planteada ahora es menester recordar que, en relación al traslado o cambio de destino o lugar de funciones de una mujer trabajadora en estado de gravidez, este Tribunal, en su SC 0296/2006-R, de 29 de marzo, ha expresado en forma clara que:

[...] En el presente recurso, el Fiscal de Distrito tampoco podía ordenar el “desplazamiento” indefinido de la actora a la ciudad de Tupiza, en el marco de lo señalado por la jurisprudencia anotada, que se aplica con mayor razón al caso de la funcionaria embarazada o que se encuentre dentro del primer año de vida del hijo o hija, porque debe entenderse que la inamovilidad que garantiza la ley 975 no sólo se refiere a la conservación de la fuente de trabajo, sino a esa conservación con el mismo nivel salarial, categoría y lugar de funciones, salvo que exista una promoción o ascenso en ese período.

En ese sentido, cabe recordar que la SC 0780/2003-R, seguida por otras, ha expresado que: “[...] El art. 193 CPE determina que el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado”, norma con la que concuerda el art. 1° de la ley N° 975 de 2 de marzo de 1988, que señala que “Toda mujer en período de gestación hasta un año del nacimiento del hijo, gozará de inamovilidad en su puesto de trabajo en instituciones públicas o privadas preservando la estabilidad en el trabajo de la mujer embarazada”. Por consiguiente, ninguna de las disposiciones legales anotadas fue observada por el Director Distrital de Educación de Padilla, por cuanto al haber dispuesto en forma intempestiva la transferencia de la recurrente de una localidad a otra, cometió un acto ilegal y arbitrario, atentando contra los derechos fundamentales del trabajo, la salud y la seguridad social de la recurrente.

A propósito, el mandato de la ley respecto a la inamovilidad del puesto de trabajo de la madre hasta un año del nacimiento del hijo, tiene por objeto no solamente proteger la fuente de trabajo de la madre, dada la naturaleza de su estado y los derechos que involucra, sino también garantizar los medios de subsistencia de esta persona y del hijo, quienes requieren por ello de protección inmediata y urgente. (SSCC 1536/2005-R, 1217/2005-R).

En el caso de autos, las autoridades recurridas han reconocido en forma expresa que conocían plenamente del estado de embarazo de Claudia G. Pastén Alarcón, y que por ese motivo fue restituida a sus funciones, luego de ser despedida la primera vez.

Empero, no obstante tener ese conocimiento, dispusieron su traslado a otra sede de funciones, cuando fue contratada para desempeñar funciones en La Paz, y, pese a

los reclamos y reiteradas solicitudes de la funcionaria, persistieron en esa determinación, llegando inclusive a destituirla al no haberse constituido en el lugar a que le destinaron, sin tomar en cuenta en absoluto, su embarazo y juntamente con él, el derecho a inamovilidad del que goza toda mujer trabajadora en estado de gestación mientras dure su embarazo y hasta el año del nacimiento del hijo o hija, con lo que ciertamente vulneraron los derechos de la recurrente al incurrir en un acto contrario a lo dispuesto por la ley 975, lo que amerita la otorgación de la protección de este recurso extraordinario.

Finalmente, es necesario dejar sentado, en relación a la alegada y no demostrada supresión del cargo de la recurrente, que conforme a la previsión contenida en el artículo 32 de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Personal, de aplicación en el caso presente, la supresión del puesto es entendida como la eliminación de puestos de trabajo, cuando éstos dejen de tener vigencia como resultado de la modificación de competencias o restricciones presupuestarias a la entidad, traducidos en los Sistemas de Programación de Operaciones y Organización Administrativa, en cuyo caso se suprimirá también el ítem correspondiente, lo que significa que la supresión de un puesto tiene efecto directo en la planilla presupuestaria, que tendría que ser aprobada por el Ministerio de Hacienda, adjuntando informe legal técnico, de modo tal que para justificar una situación como aquella se debe contar con la respectiva aprobación, aspectos que no han sido acreditados por la parte recurrida. Al margen de todo lo anterior, es imprescindible dejar claro que, aún en caso de supresión del cargo, el Estado tiene el deber de proteger ante todo, la vida y la salud de la madre gestante y del nasciturus, por lo cual la entidad tendría que mantener a la funcionaria en otro lugar de trabajo, mínimamente, en tanto dure el tiempo que la ley le otorga una especial tutela. De lo expuesto se concluye que el Tribunal de amparo, al conceder el recurso, ha evaluado correctamente los datos del proceso y las normas aplicables al mismo.

Tribunal Constitucional de Ecuador
Sentencia 0198-2003-RA

Problema jurídico

¿Constituyen una violación de los derechos constitucionales de la trabajadora embarazada la solicitud de acogerse a una transacción para terminar el contrato laboral y el posterior despido en respuesta a su negativa?

Hechos

La señora Gladys Mercedes Toala Jordán ingresó a trabajar en el municipio del cantón Huaquillas el 18 de septiembre de 2001 en calidad de auxiliar del Departamento de Secretaría. El 19 de diciembre de ese año fue ascendida a oficinista del

Departamento de Turismo y, por disposición del señor Alcalde del cantón, se le encargó la jefatura del Departamento. El 27 de enero de 2003, el Procurador Síndico Municipal la convocó a su despacho para comunicarle que, en virtud de su estado de gestación, su labor se vería interrumpida, perjudicando a la institución. Le planteó que existía presión de los concejales por puestos de trabajo, por lo que por disposición del señor Alcalde se le pedía que renunciara. Para ello se le entregaría la liquidación en la que se iba a incluir la diferencia de sueldos que no se le habían reconocido hasta entonces como consecuencia del encargo de la jefatura. Ante esa comunicación, la señora Toala Jordán manifestó que aceptaría la oferta sólo si se le reconocían todos los haberes que le correspondían. Entonces se le entregaron dos liquidaciones, una como oficinista, y otra como encargada de la jefatura del departamento. Al revisarlas, la señora Toala Jordán resolvió rechazarlas por no estar de acuerdo a la Ley, por lo que no se llegó a acuerdo alguno. Como consecuencia de ello resolvió no presentar su renuncia. No obstante, el 3 de febrero de 2003, mediante memorando sin número, se le comunicó que el señor Alfredo Tamayo Moreno había sido designado jefe del Departamento de Turismo, solicitándole que le brindara las facilidades del caso, lo que cumplió con acta de entrega-recepción. El 5 de febrero de 2003, mediante oficio 098 ACH 2003, el señor Manuel Aguirre Piedra, alcalde del municipio de Huaquillas, le comunicó que por convenir a la buena marcha de la administración se le agradecían los servicios prestados, dando por terminadas las relaciones laborales en la institución.

La señora Toala Jordán resolvió impugnar la decisión administrativa arguyendo que ésta violentaba normas constitucionales: la ordenanza que reglamenta la administración de personal sujeto a la Ley de Servicio Civil, sobre todo lo relacionado con el derecho a la defensa, seguridad jurídica, debido proceso y garantías laborales. Sostenía en su impugnación que el acto le causaba daño grave, tanto a ella como a su hijo por nacer. En la defensa de la parte demandada, el Procurador Síndico rechazó los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, señalando que la actora confundía destitución con terminación unilateral de las relaciones laborales, y que la actora no era servidora de carrera y no había agotado la vía administrativa. El Juez Undécimo de lo Civil de El Oro consideró improcedente el amparo solicitado por la defensa, lo negó, y resolvió así el caso.

Decisión

El Tribunal Constitucional consideró que el ofrecimiento de un acuerdo para terminar la relación laboral con una trabajadora embarazada, y su posterior despido luego de que ésta se negara a aceptar el acuerdo, constituyen (a) un acto ilegítimo violatorio del debido proceso para la tramitación de un despido en el empleo público y (b) la violación del artículo 36 de la Constitución de Ecuador que prohíbe la discriminación por sexo.

Extractos

[...]

Que un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado no se basa sólo en el estudio de competencia, sino también de la forma, contenido, causa-objeto y fin del acto impugnado;

[...]

Si bien la actora ingresó a prestar sus servicios en el municipio de Huaquillas mediante contrato de prestación de servicios profesionales, celebrado el 18 de septiembre de 2001, en calidad de auxiliar de secretaría, con fecha 19 de diciembre del mismo año se le confirió el nombramiento en calidad de Oficinista 1 del Departamento de Turismo, por tanto, su relación con el municipio de Huaquillas, a partir de esa última fecha, se rige por las leyes administrativas y no por el Código de Trabajo;

Que los efectos jurídicos consistentes en el pago de indemnizaciones como consecuencia de la terminación unilateral de las relaciones laborales son propios de las relaciones que se rigen por el Código de Trabajo. Ahora bien, como ha señalado en la audiencia el Procurador Síndico del municipio de Huaquillas, la actora no es servidora de carrera, por lo que su caso se sujeta a las disposiciones de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y su reglamento, aplicable a su situación de servidora pública. Cabe señalar, por otra parte, que, para aplicar sanciones a quien no es servidor de carrera, la autoridad debe observar lo dispuesto en el artículo 64 del reglamento a la ley:

Reconócese el derecho de los servidores para no ser sancionados sin antes proporcionárseles la oportunidad de justificarse. Para imponer a un servidor que no sea de carrera cualquiera de las sanciones previstas en el Art. 62 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa se les escuchará previamente en audiencia de lo cual se dejará constancia escrita.

Consecuentemente, la alegación del demandado, relativa a que se ha solicitado a la actora acogerse a una transacción para evitar mayores contratiempos, no tiene justificación constitucional ni legal alguna, como pretende el demandado, pues, en esencia, se ha destituido del puesto que venía desempeñando la actora, sin que haya procedido el respectivo trámite administrativo previsto legalmente, es decir, la audiencia en que la servidora pueda ejercer su derecho a la defensa, por lo que se inobservó el procedimiento legalmente previsto para separar de sus funciones a la ahora accionante y se aplicó una normativa distinta a la que rige las relaciones de la

administración pública con sus servidores no sujetos al Código del Trabajo, ya que el agradecimiento de las funciones no es forma de terminación de relaciones en la administración pública, razones por las que se califica de ilegítimo el acto por el cual se agradecen los servicios de la señora Gladis Mercedes Toala Jordán;

Que el derecho a la seguridad jurídica, entendida como la certeza que tienen todos los ciudadanos y, en este caso, los servidores públicos, en el sentido que las autoridades observarán y actuarán respetando la normativa jurídica existente, ha sido lesionado con la actuación del demandado. El debido proceso, reconocido constitucionalmente como un derecho de las personas que determina, entre otros aspectos, la necesidad de que puedan defenderse ante hechos contrarios a la normativa vigente que se le han imputado, ha sido lesionado, en tanto la separación del puesto de trabajo de que ha sido objeto la actora constituye sanción, sin que haya tenido conocimiento de falta alguna cometida por ella, respecto a la que hubiere sido factible su defensa si se realizaba la audiencia a que la ley obliga en estos casos, de lo contrario, siendo una servidora que no ha dado ocasión para sanción alguna, su estabilidad se encontraba garantizada, conforme prevé la Constitución Política;

Que el artículo 36 de la Constitución Política dispone de manera específica, luego de establecer las normas y garantías laborales, el reconocimiento de garantías laborales a las mujeres, en tal sentido, prevé que el Estado propicie la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades. Dispone además que se respetarán los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a la seguridad social “especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia de la mujer trabajadora”, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar, y la que se encuentra en estado de viudez. “Se prohíbe todo tipo de discriminación contra la mujer”. Del análisis de estos derechos reconocidos constitucionalmente en favor de la mujer trabajadora, se concluye, entre otros aspectos, que la madre trabajadora que se encuentre en estado de gravidez debe recibir un trato adecuado que determine el mejoramiento de las condiciones de trabajo, precisamente porque se encuentra en proceso de formación de un nuevo ser, al que también la Constitución Política, según el artículo 49, asegura y garantiza el derecho a la vida, desde su concepción, razón por la que, además, la mujer embarazada, considerada como grupo vulnerable, dispone de atención preferente y especializada, conforme establece el artículo 47. Consecuentemente, las autoridades públicas, más aún las nominadoras, deben observar estrictamente estos mandatos constitucionales respecto de las mujeres embarazadas, de ahí que resulte inadmisibles que, lejos de garantizar las condiciones de trabajo a la actora que, mediante certificado médico, constante a fojas 42, ha justificado encontrarse en tratamiento de control de embarazo, se le separa del puesto de trabajo, acto con el que también se vulneran los derechos laborales de la mujer;

Que la terminación de la actividad laboral con que ha sido comunicada la actora, evidentemente, le causa daño grave, pues, por una parte, se le priva de su medio de subsistencia como es una actividad laboral que le asegura los ingresos necesarios para la adquisición de bienes y servicios; y, por otra, en las condiciones particulares de la actora, de encontrarse en estado de gestación, la imposibilidad de continuar aportando al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, determinará que no puede acceder a la prestación de maternidad o de atención al recién nacido, lo cual, a no dudarlo, conlleva graves consecuencias, incluso para la salud de los dos seres;

Que la falta de ingresos determinada por la ilegítima cesación de funciones privó a la actora de las posibilidades para poder atender las necesidades económicas que se requiere atender en un estado de gestación y del advenimiento del nuevo ser, debe ser reparada por la autoridad responsable del acto; y,

Por las consideraciones que anteceden, en uso de sus atribuciones, resuelve:

1. Revocar la resolución del Juez de instancia; en consecuencia, conceder el amparo solicitado, suspendiendo, por tanto, el acto impugnado.

Corte Constitucional de Colombia **Sentencia T-053 de 2006**

Problema jurídico

¿Constituye una violación de sus derechos al trabajo, la seguridad social y el mínimo vital el despido por embarazo de una trabajadora no registrada? Si el despido ilegítimo fuera constatado, ¿corresponde que el demandado reintegre a la actora al cargo que desempeñaba, que le reembolse los salarios caídos desde el despido y le abone la indemnización por el despido sin autorización de las autoridades pertinentes más los perjuicios por su no afiliación al régimen de seguridad social? ¿En este caso es procedente la acción de tutela para reclamar frente al despido por embarazo?

Hechos

La señora Martha Janeth Maldonado Rojas trabajó en el establecimiento de comercio “El Gran Remate de Chapinero”, de propiedad del señor José Aníbal Giraldo Zuluaga, del 19 de julio de 2004 al 13 de marzo de 2005. Como contraprestación recibía la suma de 450.000 pesos mensuales en virtud de un contrato verbal de trabajo. En enero de 2005 le comunicó verbalmente al señor Giraldo Zuluaga que tenía tres meses de embarazo. Continuó trabajando hasta el 13 de marzo de ese año, cuando su empleador le informó que no podía seguir haciéndolo debido a su estado. Además, agrega, su empleador le entregó su liquidación y le prometió que la contrataría nuevamente una vez saliera del estado de embarazo. El señor Giraldo Zuluaga nunca le pagó a la señora Maldonado Rojas horas extras, vacaciones, cesantías, intereses sobre cesantías, dominicales y festivos, ni la afilió al Sistema de

Seguridad Social Integral. Por esa razón, la señora Maldonado Rojas no está afiliada a ninguna entidad promotora de salud y tiene que recibir los servicios médicos necesarios para el control de su embarazo a través de la Red Pública de Salud.

El demandado aceptó que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo y, aunque no niega el conocimiento del estado de embarazo de la señora Martha Janeth Maldonado Rojas, sí descalifica la afirmación que ésta hace en torno a su despido, alegando que con ella se llegó a un acuerdo para su retiro voluntario porque, supuestamente, había conseguido un “trabajo mejor”. Por otro lado, asegura que a la actora se le cancelaron todos sus salarios y prestaciones sociales, incluyendo la licencia de maternidad, y que no la afilió al Sistema de Seguridad Social por petición de la actora, que dijo tener cobertura con el SISBEN.

Decisión

La Corte ordena el reintegro de la actora al cargo que venía desempeñando, o a otro de igual nivel o semejante al que ocupaba antes de ser despedida, y la cancelación de los salarios y las prestaciones sociales causados y no pagados desde el momento en que fue desvinculada de sus labores hasta cuando se produzca el reintegro. Ordena también que se hagan los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social.

Extractos

[...]

Derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada

El Estado Social de Derecho, fórmula adoptada por la Constitución Política de 1991, se fundamenta en principios básicos como el respeto a la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la libertad y la democracia participativa y pluralista, a fin de garantizarles a las personas un orden político, económico y social justo. Para la consecución de este propósito, la misma Constitución consagra una serie de normas tendientes a la efectividad de estos principios, entre ellas, la que establece la igualdad material.

Es así, como el artículo 13 de la Carta no sólo prohíbe la discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, sino que además ordena al Estado promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”, adoptar “las medidas a favor de grupos discriminados o marginados” y, finalmente, proteger “especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”. En armonía con este mandato, las normas subsiguientes establecen que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado, así como de su apoyo especial cuando sea

cabeza de familia (art. 43); que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (art. 44); que las personas de la tercera edad gozarán de protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (art. 46); y que el Estado deberá adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (art. 47).

Ahora bien, con relación a la mujer en estado de embarazo existen dos figuras de especial relevancia como son: (i) el derecho a la licencia de maternidad —descanso y prestación económica— y (ii) el derecho a la estabilidad laboral reforzada, las cuales, aunque son desarrollos legales de los mandatos constitucional e internacionales de protección a la mujer embarazada o en período de lactancia y al menor (artículos 236 y ss. Código Sustantivo del Trabajo), adquieren estatus fundamental por su conexión con derechos como a la dignidad, a la igualdad, al mínimo vital, etc.

En la sentencia C-470 de 1997, al estudiar la constitucionalidad del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado artículo 35, ley 50 de 1990), esta Corporación expuso que la especial protección laboral de la mujer embarazada implica que los principios constitucionales adquieren mayor fuerza normativa y que dicha fuerza normativa se manifiesta claramente en la estabilidad del empleo, al punto de que no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a estas trabajadoras, sino que proteja eficazmente su derecho a trabajar. En lo que se refiere a la insuficiencia del mecanismo indemnizatorio cuando se desconoce la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo, la Corte dijo:

[...] la Corte Constitucional considera que si tal es la interpretación del ordinal acusado [refiriéndose a aquélla según la cual el despido de la mujer que goza de estabilidad laboral reforzada es jurídicamente eficaz, pero genera una indemnización a favor de la trabajadora], la protección que esa norma consagra en favor de la maternidad es insuficiente. En efecto, no se debe olvidar que la mujer embarazada no goza simplemente de un derecho a la estabilidad —como cualquier trabajador— sino que la Carta y los instrumentos internacionales le confieren una estabilidad reforzada, por lo cual, durante el embarazo y durante un período razonable posterior al parto, la protección que la ley debe brindar a la estabilidad laboral de la mujer debe ser eficaz. Y ello no sucede en este caso pues, conforme a la anterior interpretación —y como bien lo señala el actor— el ordinal acusado no sólo estaría confiriendo eficacia jurídica al despido que se ha realizado sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo sino que, además, la indemnización prevista es a todas luces deficiente para salvaguardar los valores constitucionales en juego. Por tal razón, la Corte concluye que el ordinal acusado es de una constitucionalidad discutible, si se entiende que es una norma que autoriza el despido de una mujer embarazada, sin autorización previa del funcionario competente, pues

el mecanismo indemnizatorio previsto no es idóneo para proteger efectivamente el derecho a trabajar de estas personas.

Y a la pregunta sobre si debía declararse la inexecutable del numeral 3° del artículo 239 del CST, la Corte, luego de exponer las razones que justificaban una sentencia integradora, respondió:

La Corte procederá entonces a señalar en la parte resolutive de esta sentencia que el ordinal acusado es executable, pero en el entendido de que, debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts. 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato.

En conclusión, tenemos que en la legislación colombiana la mujer en estado de embarazo o en período de lactancia goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada y que, en caso de que su empleador la despida sin previa autorización administrativa, la desvinculación carece de efectos jurídicos.

Procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o en período de lactancia

Reiteración de jurisprudencia

En principio la jurisdicción ordinaria se revela como idónea para reclamar el derecho de la mujer embarazada a la estabilidad laboral, puesto que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y, por tanto, únicamente procede en los eventos excepcionales que prevé el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que este derecho es susceptible de defensa a través del amparo constitucional cuando se configuran ciertos requisitos, atendiendo a la necesidad de intervención del juez de tutela como medio expedito de protección.

En efecto, refiriéndose a este aspecto en particular, en la sentencia T-879 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), esta Corporación expresó:

Así, la situación que arroje cada caso será la determinante para la procedencia o no de la acción de tutela para evitar la afectación de las condiciones mínimas de la madre y del recién nacido. En este punto, el juez constitucional deberá verificar el cumplimiento de algunos de los siguientes elementos que permitan la viabilidad de la protección tutelar para la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada:

1. Que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro del período de lactancia.
2. que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso;
3. que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora;
4. que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparea es devastador. (Sentencia T-373 de julio 22 de 1998, magistrado ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).
5. que el despido sea una consecuencia del embarazo, porque a pesar de la expiración del plazo del contrato, subsisten las causas del mismo y el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones laborales por parte de la trabajadora. (T-736 de 1999).
6. Caso concreto. Descartada la discusión en torno a la procedencia de la acción de tutela contra un particular cuando ha desaparecido el vínculo laboral, pues en los casos de violación del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada esta Corporación ha aceptado que aún desaparecido el nexo de subordinación subsiste un estado de indefensión, resta por establecer entonces si en el caso de la señora Martha Janeth Maldonado Rojas se encuentran configurados los presupuestos para el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada y, en caso afirmativo, impartir las órdenes necesarias para el restablecimiento del mismo.

Pues bien, en cuanto al primero y tercero de los requisitos mencionados en el acápite anterior, para la Corte es claro que la desvinculación se produjo durante el estado de embarazo de la señora Maldonado Rojas, ya que, según las pruebas anexadas al expediente (fl.4 C-1), puede inferirse que para la época de dicha desvinculación (marzo de 2005) la actora tenía al menos cinco meses de gestación, toda vez que la fecha probable de parto estaba pronosticada para el 6 de julio de 2005.

Así mismo, a juicio de la Sala, es indiscutible que cuando se dio la desvinculación el empleador conocía el estado de embarazo de la señora Maldonado Rojas. Esto, porque el accionado no objetó la afirmación que hizo la actora en el sentido de que le había comunicado verbalmente su estado de gravidez y, además, porque el demandado manifestó expresamente en su respuesta que en la liquidación de las prestaciones sociales de la señora Maldonado Rojas se había incluido la licencia de maternidad (fl.23 C-1), lo cual supone, necesariamente, el conocimiento de su embarazo.

Respecto del segundo requisito establecido por la jurisprudencia constitucional para la concesión del amparo, existe una controversia entre las partes, puesto que mientras la actora afirma que fue despedida, el accionado asegura que ella se retiró voluntariamente porque, supuestamente, había conseguido un “trabajo mejor”. Sin embargo, a pesar de que estas versiones tendrían *prima facie* igual fuerza probatoria, la Sala, a la luz de la sana crítica, otorga mayor credibilidad a la afirmación

que hace la señora Maldonado Rojas sobre su desvinculación, atendiendo a que existen elementos de juicio que la respaldan y, a la vez, contradicen la versión de su ex empleador.

En efecto, si tenemos en cuenta que para marzo de 2005 —fecha de desvinculación de la actora— la tasa de desempleo en Colombia ascendía a un 13,1% y la de subempleo a un 29,5% y, además, que la accionante se encontraba en estado de embarazo, podemos inferir con base en la experiencia que resulta poco probable que la actora hubiese renunciado por haber conseguido un “trabajo mejor”, debido a la escasa oferta de empleo imperante en la época y a que tradicionalmente la mujer ha sido objeto de discriminación laboral por razón de la maternidad.

De otra parte, como elemento de juicio que contradice la versión del accionado, también tenemos una razón lógica. Si fuese cierto que la actora dejó su empleo en el Establecimiento de Comercio “El Gran Remate de Chapinero” por haber encontrado un “trabajo mejor”, no comprendería la Sala por qué entonces la señora Maldonado Rojas —ahora desempleada— interpuso la acción de tutela contra el señor José Aníbal Giraldo Zuluaga y no contra su ulterior patrono, si éste supuestamente le brindaba mejores condiciones laborales. En otras palabras, si en realidad la actora hubiese encontrado un empleador que le brindara mejores condiciones laborales en comparación con Giraldo Zuluaga, lo lógico sería que la accionante hubiera interpuesto la acción de tutela contra aquél y no contra éste.

Para finalizar este punto, se advierte una contradicción en el escrito de contestación del accionado que, a juicio de la Corte, le resta credibilidad a lo que ahí se consigna acerca de la desvinculación de la señora Maldonado Rojas. Efectivamente, en el escrito de contestación la parte accionada dice que se llegó a un acuerdo voluntario con la señora Maldonado Rojas para su retiro del empleo, pero también se afirma que ella abandonó el lugar de trabajo.

En suma, los elementos de juicio mencionados le permiten a la Sala darle credibilidad a la afirmación que la actora hace en el sentido de que fue despedida y descalificar la versión del señor Giraldo Zuluaga según la cual la actora se retiró voluntariamente de su empleo.

Siguiendo con la constatación de los requisitos para la procedencia del amparo, encuentra la Corte que en el *sub lite* también está demostrada la afectación del mínimo vital de la actora y que el despido se produjo como consecuencia del embarazo.

En efecto, respecto de lo primero es suficiente la negación indefinida que hace la accionante en el sentido de que no cuenta con otra fuente de recursos económicos para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia y, además, la ausencia de pruebas en el expediente que desvirtúen esta manifestación. Y en cuanto a lo segundo, es decir, que el despido se produjo como consecuencia del embarazo, la Sala se apoya en la presunción legal que establece el numeral segundo del artículo 239 del CST, según la cual “se presume que el despido se ha efectuado por motivo

de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente” (Inspector del trabajo o alcalde municipal. Artículo 240 *ibídem*); autorización administrativa que no se solicitó en este caso.

En resumen, la Sala constató la vulneración de los derechos fundamentales de la actora y su hijo recién nacido y la configuración de los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional para ordenar la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y el reintegro laboral en razón de la ineficacia jurídica del despido. Por consiguiente, la Corte revocará la sentencia dictada por el Juzgado Treinta y Tres Civil Municipal de Bogotá el 5 de julio de 2005 y, en su lugar, tutelaré el derecho al trabajo de la señora Maldonado Rojas y el derecho al mínimo vital de ella y su hijo recién nacido. Por consiguiente, se ordenará al señor José Aníbal Giraldo Zuluaga el reintegro de la actora al cargo que venía desempeñando en el Establecimiento de Comercio “El Gran Remate de Chapinero” o a otro de igual nivel o semejante al que ocupaba antes de ser despedida, y que le cancele los salarios y las prestaciones sociales causados y no pagados desde el momento en que fue desvinculada de sus labores hasta cuando se produzca el reintegro, así como también que efectúe los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social.

El accionado podrá compensar lo pagado por concepto de la liquidación ya cancelada con el pago por concepto de los derechos laborales cuya cancelación se ordena en esta providencia.

Cuestiones a debatir

Es sabido que el trato especial dispensado a las trabajadoras embarazadas dista mucho de ser una protección de la que disfrutaban todas las trabajadoras latinoamericanas. Las razones de la distancia existente entre las normas escritas y la práctica son diversas. En primer lugar, el fuero no opera en el caso de las trabajadoras informales y tampoco lo hace para proteger a las trabajadoras registradas que no tienen un empleo en relación de dependencia, aunque presten servicios como parte de contratos de tracto sucesivo. Tampoco se encuentran protegidas quienes trabajan sin contrato, y existen legislaciones que explícitamente exceptúan a ciertas trabajadoras del beneficio del fuero maternal, como en la legislación ecuatoriana (las empleadas del servicio doméstico de ese país están excluidas).⁷⁷ Finalmente, si bien no existen estadísticas regionales, ni se encontraron estudios por país que den cuenta de la cantidad de ocasiones de

⁷⁷ Laura Pautassi et al, *op. cit.*, p. 37.

violación del fuero maternal,⁷⁸ los repertorios de jurisprudencia de la región incluyen cientos de sentencias de tribunales de diversa jerarquía en las que mujeres embarazadas disputan las condiciones de un despido como consecuencia del embarazo, despidos que en general han encubierto las causas y omitido las indemnizaciones correspondientes.

Las prácticas de despido de trabajadoras embarazadas no son prerrogativa del sector privado. Son frecuentes los litigios contra el Estado y funcionarios públicos por la violación de la estabilidad prevista para la mujer embarazada en las reglas del servicio civil.

Estos litigios, en ocasiones, aparecen en el contexto de relaciones laborales no formalizadas. Cuando las mujeres logran probar la existencia de la relación laboral, y su embarazo como la causa del despido, los tribunales son receptivos al reclamo de protección. Esta receptividad es también positiva cuando las empleadas reclaman en el contexto de relaciones formales y logran probar la violación del fuero maternal, tarea nada sencilla. Sin embargo, la tradición jurisprudencial que reconoce los derechos de las mujeres frente a la violación del fuero maternal no excluye muchos otros casos de reclamos legítimos frustrados por dificultades probatorias. Y en el mejor de los casos, salvo en los países que autorizan la utilización de procedimientos sumarios como la tutela o el amparo, las sentencias favorables que reconocen alguna indemnización u ordenan la reinserción laboral frente a la violación del fuero maternal suelen llegar mucho tiempo después del embarazo. En estos casos, las trabajadoras han debido conseguir un patrocinio jurídico no siempre gratuito —en los países en los que éste es un prerequisite del acceso a la jurisdicción— y han logrado enfrentar la lenta maquinaria judicial, con lo que ello implica respecto de la desprotección de la seguridad social durante el embarazo.

Reconociendo algunas de estas limitaciones en el acceso a la justicia y la importancia de la recuperación pronta de parte de la embarazada de la protección laboral y los beneficios de ésta en cuanto a la recepción de los servicios de la seguridad social, algunos tribunales han empezado a aceptar la utilización de procesos constitucionales para reclamar la protección.

Preguntas

1. Revise los hechos de las tres sentencias para definir en qué tipo de relación laboral se dieron los despidos. ¿Se trataba de relaciones laborales formalizadas? ¿Muestran las sentencias alguna diferencia en el despido por embarazo en el

⁷⁸ Estos datos no se encuentran disponibles ni siquiera en los casos en los que la violación del fuero maternal es reclamada judicialmente por la mujer despedida.

empleo público y el privado? Los antecedentes de las tres sentencias ejemplifican algunas de las prácticas que los empleadores suelen desplegar para justificar el despido de una mujer embarazada. Revise las tres sentencias para identificar cuáles son los argumentos jurídicos a los que los tres empleadores recurren para justificar el despido y defenderse frente a los reclamos de las embarazadas.

2. Las razones que fundamentan el fuero maternal difieren en los distintos ordenamientos jurídicos de la región. Algunas legislaciones apelan a la igualdad, a la dignidad, y prohíben la discriminación por sexo; otras acentúan el interés social en la protección del feto, su derecho a la vida y la capacidad de la madre de hacerse cargo de la manutención del niño en los meses inmediatamente posteriores al nacimiento; otras, incluso, se refieren a los derechos reproductivos de las trabajadoras. ¿Qué razones dan las cortes para reconocer y fundar el derecho al fuero maternal en los casos anteriores? ¿Considera que las razones esgrimidas por los tres tribunales tienen la misma validez? ¿Qué lugar ocupan en las sentencias los argumentos sobre los derechos de las mujeres o la discriminación por razón del sexo? ¿Podría ser conveniente combinar argumentos sobre los derechos de las mujeres trabajadoras con el interés por la protección del feto o su derecho a la vida? ¿Cómo definiría la concepción o concepciones de la igualdad que subyacen a los argumentos de las cortes?

3. Algunos de los fundamentos de las sentencias recurren al texto constitucional, otros a normas del derecho del trabajo y otros a la regulación específica del empleo público. Identifique cuáles son las normas citadas en cada caso y compare el tipo de protección constitucional y legal en cada uno de los países. ¿Considera que el estatus de la normativa protectora de la mujer trabajadora tiene algún impacto en la diferencia entre los argumentos de las cortes?

4. En dos de los casos de estudio, el de Bolivia y el de Colombia, las mujeres embarazadas presentaron sus reclamos mediante procesos constitucionales abreviados como la tutela o el amparo, y los demandados cuestionaron la opción procesal alternativa a los procedimientos ordinarios. ¿Qué argumentos ofrecieron las cortes para aceptar los procesos abreviados? La aceptación de un procedimiento abreviado para la protección de derechos constitucionales refleja lo que algunos han denominado la nueva constitucionalización del derecho laboral; sin embargo, no en todos los países de la región las mujeres embarazadas pueden recurrir frente al despido a procedimientos como el amparo. ¿Cómo son las opciones procesales en su país? ¿Considera que los argumentos esgrimidos por las cortes de Colombia y Bolivia podrían prosperar en su jurisdicción, si aún no lo han hecho? ¿Qué argumentos se podrían presentar ante los tribunales locales con ese fin? ¿La regulación de los estándares de producción de prueba sobre los hechos en un despido puede resultar un obstáculo para autorizar el reclamo por despido por embarazo mediante procesos abreviados en su país?

5. Analice los remedios que en cada una de las tres sentencias ordenan los tribunales: la indemnización, la reintegración de la trabajadora, etcétera. ¿Cuál es la consecuencia de la declaración de nulidad del despido por embarazo? ¿Considera que todos los remedios son comparables? ¿En qué condiciones se desarrollará la relación de empleo de la mujer embarazada reintegrada en su trabajo? ¿Es posible observar algún impacto de la diversidad argumentativa a la hora de justificar el fuero maternal en el tipo de remedio propuesto frente a la violación del fuero? ¿Cómo repercute el hecho de que como consecuencia del despido la mujer pierda la protección de la seguridad social para su embarazo en la extensión de la indemnización prevista para ella ante la violación del fuero maternal?

6. Las feministas de la segunda ola han reavivado el debate sobre la conveniencia de la protección especial de la mujer embarazada. Mientras algunas defienden normas protectoras, otras arguyen que se trata de regulaciones que contribuyen a reforzar la desigualdad entre varones y mujeres en el mercado de trabajo. ¿Qué argumentos a favor de ambas posiciones se podrían dar?⁷⁹ ¿Qué opina sobre la incidencia de la regulación del fuero maternal en la igualdad de varones y mujeres en el trabajo? ¿Las sentencias transcritas le permiten apoyar alguna de las posturas feministas a favor o en contra del fuero maternal?

B. SEGUNDO PROBLEMA: LICENCIAS Y PERMISOS PARENTALES

Las licencias por maternidad también fueron un reclamo de las feministas y de los movimientos de trabajadores a comienzos del siglo XX. La mayoría de las legislaciones latinoamericanas consagran licencias maternas de distinta extensión, y permisos paternales en general muy breves. Algunos ordenamientos jurídicos siguen además el modelo de los Estados europeos de socialización de los costos de las licencias por maternidad: estos costos quedan a cargo de las contribuciones a la seguridad social. En otros países, en cambio, el costo de las licencias corre por cuenta del empleador. Las licencias por maternidad incluyen a veces un período remunerado y otro opcional —“período de excedencia”—, sin remuneración, en el que la trabajadora prolonga su licencia conservando el empleo durante unos meses adicionales en los que no recibe la paga. Los plazos de las licencias pagas varían de país a país, al igual que los períodos de excedencia. Cuando el Estado es el que asume los costos de la licencia, abona los salarios de las trabajadoras con los recursos del fisco y las contribuciones a la seguridad social. Asimismo, algunos países reconocen a los padres un per-

⁷⁹ Revise las razones contrastadas en el punto siguiente en el debate sobre licencias y permisos parentales.

miso por paternidad, pero su extensión es significativamente menor (en general oscila entre tres a quince días hábiles). Los costos de los permisos paternales son cubiertos a veces por el Estado, y otras por los empleadores.

Si bien en la mayoría de las legislaciones de la región las licencias están garantizadas, no todas las mujeres trabajadoras gozan efectivamente de ellas. Para comenzar, a diferencia de otras realidades, en Latinoamérica las trabajadoras formales que no trabajan en relación de dependencia no reciben del Estado una licencia paga, aunque hayan hecho sus contribuciones al erario público y al sistema de la seguridad social. Mucho más precaria aún es la situación de las trabajadoras informales y de las empleadas de algunas industrias y actividades, como el servicio doméstico, que también tienen restringido el derecho al permiso maternal. Una mención aparte merece la problemática de las licencias en los casos de adopción, nacimientos en caso de anencefalia y en los casos de familias de padres del mismo sexo, situaciones en las que con frecuencia las legislaciones no son claras y la jurisprudencia es contradictoria.⁸⁰

Desde la década del setenta, las concepciones de las feministas de la segunda ola sobre la licencia por maternidad y los permisos parentales en general se han dividido. En una primera época, el debate se dio en el contexto de la tensión entre el modelo de trato igualitario y las proponentes del trato específico para capturar las diferencias entre los sexos. Algunas feministas liberales defensoras de una visión universal, o “feministas universalistas”, como se las dio en llamar en los Estados Unidos, afirmaban que las licencias por maternidad deberían regularse en el marco de las reglas generales de licencias por cuestiones médicas o de salud, ya que la dispensa de un trato especial, con un costo alto para los empleadores, podría perjudicar la situación de las mujeres, agudizar la discriminación y retrotraer algunas de las conquistas logradas hasta entonces en términos de igualdad en el trabajo. Para las feministas alineadas en esta visión crítica de las licencias, el acento en las demandas físicas del embarazo podría perpetuar estereotipos sobre la fragilidad de las mujeres y la disminución de sus capacidades para el trabajo, contribuyendo a reforzar la discriminación por sexo imperante en el empleo. La solución ofrecida por estas feministas consistía en reclamar que los empleadores tendrían la obligación de dar licencias médicas razonables para cualquier empleado con una necesidad médica.⁸¹ Esto porque

⁸⁰ En un caso administrativo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina respecto de la solicitud de licencia por maternidad de una empleada del tribunal que dio a luz un niño anencefálico, el derecho a la licencia fue negado. Se argumentó que las normas que regulan la licencia por enfermedad eran de aplicación. (Gabriela Chedid sobre licencia por maternidad, 14/02/1997). Como lo demuestra la legislación transcrita, la ley colombiana adopta una solución diferente.

⁸¹ Wendy W. Williams, “The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts and Feminism”,

tratar las licencias como si fueran algo específico, como un agregado al modelo masculino de “humanidad”, terminaría perjudicando a las mujeres.

En cambio, las feministas que proponían un trato especial, y por tanto defendían las licencias específicas por maternidad, afirmaban que un embarazo normal, que culmina con un parto normal, no es una enfermedad. Tratar el embarazo y el parto como problemas médicos que justifican una licencia estigmatizaría a las mujeres embarazadas como enfermas o incapaces. Por otra parte, los problemas que tradicionalmente enfrentan los trabajadores a la hora de hacer uso de sus licencias permearían las experiencias de las mujeres embarazadas, que podrían verse obligadas a litigar los pedidos de licencia al igual que con frecuencia lo hacen los trabajadores por las compensaciones a causa de otros problemas de salud. Las feministas de la diferencia o feministas culturales completaban estos argumentos resaltando que el trabajo de gestar y dar a luz es un trabajo valioso, y si bien es un trabajo poco valorado,⁸² se trata de uno de los grandes aportes de las mujeres a la sociedad. En consecuencia, las licencias por maternidad deberían ser vistas como un reconocimiento al generoso trabajo físico de reproducción humana con el que cumplen las mujeres en bien de la sociedad.

El debate feminista moderno en torno a las licencias se ha sofisticado: ubica a las licencias parentales como uno entre varios otros elementos a considerar frente al problema más amplio de la división sexual del trabajo doméstico. Por otra parte, las diversas visiones feministas reconocen hoy lo que Minow ha denominado el “dilema de la diferencia”. Este dilema se da entre las estrategias “neutrales” que ignoran las diferencias, por un lado, y las estrategias de trato específico que dan cuenta especialmente de la diferencia, por otro. Ambos modelos dicotómicos pueden terminar siendo contraproducentes y pueden

7 *Women's Rts. L. Rep.* 175, 1982. Williams fue una de las primeras en formular el caso contra el trato especial en las licencias maternas. Sostiene que “[el] embarazo [es] la pieza central, el eje estructurante, el rasgo esencial de la esfera separada de las mujeres. Los estereotipos, las generalizaciones, las expectativas de roles [se realizan] en su máxima expresión cuando una mujer se embaraza [...] Las feministas que buscan un reconocimiento especial para el embarazo comienzan desde la misma asunción básica, léase, que las mujeres tienen un lugar especial en el esquema de la existencia humana en lo que se refiere al embarazo [...]”, *op. cit.*, p. 191. Traducción de las autoras.

⁸² Las feministas han propuesto diversas explicaciones sobre la forma en la que la falsa dicotomía entre el trabajo y la familia ha operado para oscurecer el valor del trabajo productivo de las mujeres en el hogar. Katharine Silbaugh, “Turning Labor into Love: Housework and the Law”, *91 Nw. U. L. Rev.* 1, 1996 (adelanta un amplio estudio de los mecanismos que llevan a la devaluación del trabajo productivo de las mujeres en el hogar y a la consiguiente falta de reconocimiento del valor económico de dicho trabajo). Joan Williams, “Toward a Reconstructive Feminism: Reconstructing the Relationship of Market Work and Family Work”, *19 N. Ill. U. L. Rev.* 89, 1998, pp. 89-93.

reforzar o recrear el estigma de la diferencia. En el caso de las licencias, al igual que en la protección de los fueros maternales, si estos tratos específicos no fueran dispensados, las mujeres podrían sufrir el desempleo o la pérdida de salarios y promociones. Pero, al mismo tiempo, el reconocimiento de una licencia por maternidad podría producir efectos negativos como la marginación de las mujeres de ciertos empleos. La propuesta de Minow para superar estos dilemas ha sido intentar construir una alternativa que no re-victimice a las mujeres. Para hacerlo ofrece una concepción relacional de la diferencia. Esta concepción propone, por ejemplo, el siguiente interrogante: ¿por qué las mujeres embarazadas son tratadas como diferentes —como desviaciones de la norma— cuando tantas mujeres se embarazan en algún punto de sus vidas? ¿De quiénes son diferentes y por qué las vidas de los otros trabajadores son consideradas como el estándar?

El debate feminista en Latinoamérica se ha actualizado a partir de la presentación de proyectos legislativos y, en algunos casos, con la sanción de nuevas leyes que proponen modificar la extensión de las licencias por maternidad, extenderlas a la paternidad y combinar ambos permisos con finalidades diversas y, a veces, contrapuestas, como la promoción de condiciones más igualitarias en el empleo de varones y mujeres, el avance hacia una mayor igualdad en la distribución del cuidado de niños en la familia, o la defensa del derecho de madres y niños a un período más extenso de contacto durante el amamantamiento.

A continuación algunas de las reformas legales propuestas o aprobadas. En el 2002 Colombia reformó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, cuya redacción original establecía:

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

Sin embargo, en la sentencia C-273 de 2003, la Corte Constitucional declaró inexecutable algunas de las expresiones del tercer párrafo, que quedó redactado de la siguiente manera: “La licencia remunerada de paternidad opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera”.

Por su parte, Chile sancionó la ley 20047 de 2005 que establece, en su única disposición, una reforma al artículo 195 del Código del trabajo:

Sin perjuicio del permiso establecido en el artículo 66, el padre tendrá derecho a un permiso pagado de cuatro días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de días corridos, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. Este permiso también se otorgará al padre que se le conceda la adopción de un hijo, contado desde la respectiva sentencia definitiva. Este derecho es irrenunciable.

Los siguientes extractos ilustran también en el caso de Chile algunas de las referencias sobre permisos parentales en el “Código de buenas prácticas laborales sobre no discriminación para la administración central del Estado”.

Artículo 5. Protección de los derechos de maternidad y responsabilidades parentales

- a. Garantizar estrictamente el cumplimiento de las normas de protección a la maternidad.
- b. Diseñar medidas para que las mujeres embarazadas, ante igualdad de condiciones con otros funcionarios, puedan optar por no cumplir sus jornadas durante el trabajo nocturno.
- c. Identificar y/o desarrollar formas de flexibilización de los permisos que se otorguen a la madre para dar alimentación a sus hijos.
- d. Difundir e instar al ejercicio de los derechos reconocidos por la ley a los padres trabajadores, respecto de sus responsabilidades parentales, en especial las licencias para el cuidado del hijo enfermo y demás establecidas en las Normas de Protección a la Maternidad contempladas en el Código del trabajo.

Artículo 6. Conciliación de responsabilidades laborales con obligaciones familiares

- a. Fomentar iniciativas destinadas a compatibilizar las responsabilidades laborales y parentales de hombres y mujeres.
- b. Fomentar, en la medida que ello sea compatible con las necesidades del servicio, mecanismos alternativos de distribución de jornada, que faciliten el cumplimiento de las responsabilidades parentales de ambos progenitores.
- c. Propender, de forma que sea compatible con las necesidades del servicio, que tanto la organización de los procesos de trabajo como la participación en actividades de capacitación no impidan o restrinjan el cumplimiento de las responsabilidades parentales.

**Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-152 de 2003**

Problema jurídicos

El hecho de que la licencia de maternidad esté a cargo de un fondo financiado por diversas fuentes, mientras que la licencia de paternidad sea asumida totalmente por la entidad prestadora de salud, ¿vulnera el derecho a la igualdad? ¿La maternidad y la paternidad ameritan el mismo trato jurídico?

Hechos

La ley 755 de 2002, o Ley María, que modifica el artículo 236 del Código sustantivo del trabajo de Colombia, relativo a las licencias remuneradas de maternidad y paternidad por nacimiento, es objeto de una demanda de inconstitucionalidad. La demanda argumenta que viola el artículo 13 de la Constitución Política, referida al derecho fundamental a la igualdad, y por otro lado los artículos 158 y 169 de la misma Carta, sobre la unidad de materia en la ley. Los actores consideran que la expresión “Ley María”, contenida en el título de la ley 755 de 2002, vulnera el principio de la unidad de materia pues, el título, según el artículo 169 de la Carta Política, debe delimitar el contenido de la ley que precede para que desde el principio las normas puedan ser conocidas, exigidas y aplicadas. La expresión, según su entender, no cumple con esa finalidad, y por ello solicitan que sea declarada inexecutable.

Decisión

La Corte resolvió declarar exequibles las expresiones “Ley María”, y “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS”.

Extractos

Los demandantes acusan la expresión “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS” contenida en el inciso quinto del artículo 1° de la ley 755 de 2002,

por vulnerar el artículo 13 de la Constitución Política. Consideran que se da un trato discriminatorio a las Empresas Promotoras de Salud, en la medida en que la licencia de maternidad corre por cuenta del Fondo de Solidaridad y Garantías, mientras que la licencia de paternidad debe ser financiada por las EPS, lo que atenta contra el equilibrio financiero de las mismas. La Corte encuentra que este cargo no ha de progresar por las razones que se exponen a continuación, por lo que se declarará exequible la disposición parcialmente demandada.

En materia de la regulación del servicio público de seguridad social, el legislador goza de una amplia potestad de configuración normativa. La ley, por decisión constituyente, establece los términos en que dicho servicio público debe ser prestado, en sujeción a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad (artículo 48 de la Constitución). En desarrollo de dichos principios, el legislador puede reconocer determinadas prestaciones sociales —por ejemplo una licencia remunerada de paternidad de cuatro días si el padre cotiza al sistema de salud o de ocho días si el padre y la madre son cotizantes (artículo 1 de la ley 755 de 2002)—, así como colocar en cabeza de determinadas personas las obligaciones correspondientes, como la de financiar dicha prestación. Para la Corte es claro que la amplia potestad legislativa en materia de seguridad social, que incluye el régimen de licencia de paternidad en caso de alumbramiento, tiene como límite los preceptos constitucionales, en especial el deber de respetar los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la igualdad. Los actores aducen que colocar en cabeza exclusiva de las EPS la obligación de financiar la licencia remunerada de paternidad viola la igualdad, ya que en el caso de la licencia de maternidad tal obligación recae en un fondo alimentado con recursos de otras fuentes de financiación. Los demandantes parten de la premisa según la cual el legislador debe tratar igual las situaciones similares, por lo que al no hacerlo, ni contar para ello con una justificación razonable, viola el principio de igualdad. Para que tal cargo pudiera progresar, sería necesario demostrar que ambas situaciones —la maternidad y la paternidad— eran similares de forma que exigieran un mismo trato jurídico, o que en todo caso no existía razón alguna para justificar la diferencia de trato.

Los demandantes no demostraron la existencia de una violación del principio de igualdad por parte del legislador al asignar la obligación de financiar la licencia remunerada de paternidad en las EPS. Esto porque la situación en que se encuentra la mujer que da a luz —recuperación física, amamantamiento, etc.— no es la misma que la del padre, pese a que las licencias de maternidad y paternidad tengan en común el hecho del nacimiento del menor. No siendo similar la situación que se regula (maternidad y paternidad) en uno y otro, tampoco está demostrada la premisa inicial sobre la que se construye el cargo de violación de la igualdad, a saber, el trato jurídico diferente e injustificado de situaciones iguales. Por ello, el legislador en ejercicio de su potestad de configuración normativa en materia del servicio público

de seguridad social podía regular diferentemente el sistema de financiación de la licencia de paternidad frente al hecho del nacimiento, sin contar para ello con una restricción especial derivada del principio de igualdad.

Observa además la Corte que tampoco se ha logrado demostrar un trato discriminatorio en contra de las EPS. Todas las EPS están igualmente obligadas a financiar, cumplido el deber de cotización establecido por la ley en cabeza del padre, la licencia de paternidad, cuyo término es de cuatro días en caso de ser aquél el único cotizante o de ocho días si el padre y la madre aportan directamente al sistema de salud. Es de anotar que la licencia de maternidad se prolonga, por su parte, a ochenta y cuatro días (12 semanas), diferencia de trato jurídico que muestra la diversidad de las situaciones reglamentadas por el legislador.

No encuentra la Corte discriminación alguna en la disposición parcialmente demandada respecto de las Empresas Promotoras de Salud. En la regulación del régimen de licencias por el nacimiento de un menor el legislador goza de una discrecionalidad que, no siendo absoluta dada su limitación por otras normas constitucionales, sí implica un margen suficiente de configuración de la política pública con miras a establecer la estructura, la organización y el funcionamiento del sistema de seguridad social, en especial la determinación de las personas o entidades encargadas del cubrimiento de una determinada prestación.

Por último, advierte la Corte —acogiendo uno de los argumentos de la ponencia original—, que el juicio de constitucionalidad implica el cotejo entre una disposición de rango legal y la Constitución, y no entre disposiciones legales como pretenden los demandantes al comparar [...] la ley 755 de 2002 (artículo 1) y la ley 100 de 1993 (artículo 20).

Artículo 207. De las licencias por maternidad

Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitación (UPC), en lo que respecta a las licencias de paternidad y maternidad, respectivamente.

Análisis del cargo contra la expresión “Ley María” contenida en el título de la Ley 755 de 2002

El cargo que una de las demandas acumuladas dirige contra la expresión “Ley María” contenida en el título de la ley 755 de 2002, “por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo-Ley María”, se relaciona con el presunto desconocimiento del principio de unidad de materia (artículos 158 y

169 C.P.), porque tal expresión no tiene relación alguna con el contenido de la ley sobre la licencia remunerada de paternidad que modifica un artículo del Código laboral. La Corte observa, sin embargo, que la utilización de nombres propios para la identificación de una ley, en este caso el nombre de “María”, plantea cuestiones constitucionales adicionales que deben ser abordadas en la presente oportunidad, a saber: ¿Pueden las leyes tener nombre y, en caso de tener un nombre determinado, debe éste, a pesar de carecer de contenido normativo propio, ajustarse a la Constitución? ¿Vulnera los principios de pluralismo (artículo 1 C.P.) y diversidad cultural (artículo 7 C.P.) o la libertad religiosa y de cultos (artículo 19 C.P.), la decisión legislativa de identificar una ley con el nombre de “Ley María”? ¿La expresión “Ley María” infringe el principio de la unidad de materia (artículos 158 C.P.)? ¿Pueden las leyes tener nombre? ¿Puede el nombre de una ley vulnerar la Constitución? [...] Así las cosas, para determinar si el nombre dado a una ley vulnera la Constitución, es necesario aplicar un examen constitucional que permita establecer cuándo la acción estatal —aquí mediante la subtitulación de la ley hecha por el Congreso de la República— desconoce los límites antes expuestos o, en general, una norma constitucional. Esto último sucede cuando el subtítulo de la ley, por su carácter de criterio interpretativo de la normatividad que precede, es contrario al contenido de los preceptos constitucionales o supralegales, en este caso, de las leyes estatutarias y orgánicas a las cuales está sujeta la actividad ordinaria del legislador. Es por ello que antes de realizar el juicio de constitucionalidad de cara al contenido de los preceptos constitucionales que podrían verse lesionados por la expresión “Ley María”, la Corte aborda el examen de una posible vulneración de la Constitución por desconocimiento de las reglas establecidas en la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso, ley 5ª de 1992.

El título de la ley 755 de 2002 no desconoce la ley 5ª de 1992 [...]

Pasa la Corte a analizar si la expresión “Ley María” desconoce algún precepto constitucional sustantivo, en particular si es contraria a los principios de pluralismo, diversidad cultural y de separación entre las Iglesias y el Estado así como si respeta el principio de unidad de materia establecido en la Constitución.

La identificación de una ley con el nombre de “Ley María” no vulnera los principios constitucionales de pluralismo, diversidad cultural y separación entre las iglesias y el Estado. [...] El principio de separación entre las iglesias y el Estado exige neutralidad de las autoridades frente a las manifestaciones religiosas e impide que el Estado adhiera o promueva una religión.

[...]

Examen de constitucionalidad de la expresión “Ley María”

A partir de lo dispuesto en la Constitución y en la jurisprudencia de esta Corporación, entra la Corte a establecer si la denominación de “Ley María” vulnera algún

precepto constitucional, en particular los principios de pluralismo religioso y separación entre las iglesias y el Estado. El problema es relevante dado que el nombre de María puede ser asociado por sectores de la comunidad nacional a la madre de Jesús, según la religión católica. Cabe preguntarse si le estaba vedado al legislador emplear ese nombre para subtítular la ley 755 de 2002.

Para abordar esta cuestión es preciso identificar los criterios jurisprudenciales relativos a lo que le está prohibido hacer al Congreso de la República cuando adopta una decisión que podría llegar a tener alguna implicación desde una perspectiva religiosa.

Estos criterios cumplen la función de trazar la línea entre lo permitido y lo prohibido en este campo. Así, está constitucionalmente prohibido no sólo 1) establecer una religión o iglesia oficial, sino que 2) el Estado se identifique formal y explícitamente con una iglesia o religión o 3) que realice actos oficiales de adhesión, así sean simbólicos, a una creencia, religión o iglesia. Estas acciones del Estado violarían el principio de separación entre las iglesias y el Estado, desconocerían el principio de igualdad en materia religiosa y vulnerarían el pluralismo religioso dentro de un Estado liberal no confesional. No obstante tampoco puede el Estado 4) tomar decisiones o medidas que tengan una finalidad religiosa, mucho menos si ella constituye la expresión de una preferencia por alguna iglesia o confesión, ni 5) adoptar políticas o desarrollar acciones cuyo impacto primordial real sea promover, beneficiar o perjudicar a una religión o iglesia en particular frente a otras igualmente libres ante la ley. Esto desconocería el principio de neutralidad que ha de orientar al Estado, a sus órganos y a sus autoridades en materias religiosas. No significa lo anterior que le esté vedado al Estado entablar relaciones con las iglesias y confesiones religiosas. Lo que prohíbe la Carta es que las entable con unas y no con otras igualmente protegidas en su dignidad y libertad por la Constitución, si éstas quieren entablarlas en ejercicio de su autonomía.

Ahora bien, puede presentarse el caso de que una decisión estatal respete los criterios anteriores, pero tenga una connotación religiosa. Fue lo que sucedió, por ejemplo, cuando mediante normas legales se señalaron los días festivos y éstos coincidieron con fechas religiosas católicas. Esta Corte, como ya se recordó, declaró exequibles las normas legales por las razones arriba indicadas. Resalta la Corte que en dicho caso sólo algunos días de descanso fueron denominados con un nombre religioso, aunque para la comunidad muchos de ellos estuvieran claramente asociados a fechas religiosas católicas. Aun cuando la tradición religiosa católica era la única justificación de algunos de tales días, dicha justificación no era necesaria ni única, puesto que varios días festivos corresponden, por ejemplo, a momentos históricamente significativos, como una batalla por la independencia o un hito en la historia política de la nación colombiana. De tal manera que 6) las connotaciones religiosas constitucionalmente prohibidas son las que tienen ciertas características: son únicas y necesarias, y por lo

tanto, promueven una determinada confesión o religión. Por el contrario, no le está vedado al legislador adoptar decisiones que ofrecen varias interpretaciones seculares o ajenas a cierta religión específica, así para algunos miembros de la sociedad, desde su propia perspectiva, dicha decisión pueda tener connotación religiosa.

[...]

En el presente proceso, se ha argumentado que el subtítulo Ley María desconoce tres de los criterios anteriormente enunciados, el tercero (adhesión a una religión), el cuarto (finalidad religiosa) y el sexto (connotación religiosa única y necesaria). De verificarse cualquiera de estas tres hipótesis se vulnerarían los principios de pluralismo religioso, de neutralidad oficial y de separación entre la Iglesia católica y el Estado.

En cuanto a los propósitos del legislador, si ellos son explícitos para promover o beneficiar a una religión o iglesia en particular frente a otras, o si, pese a no ser explícitos, tienen dicho impacto primordial como efecto, esto es, perjudican a otras confesiones religiosas, entonces la conclusión no puede ser otra que la inconstitucionalidad de la medida por desconocimiento de los principios y derechos constitucionales arriba citados. Ahora bien, tal situación contraria a la Constitución se configura claramente cuando el Estado se identifica formal y explícitamente con una religión o creencia, o la intervención estatal hace oficial la adhesión del Estado a una religión. Tal es el caso que se presentó en la sentencia C-350 de 1994 en relación con la consagración del país por el Presidente de la República en funciones al Sagrado Corazón de Jesús en ceremonia oficial. Finalmente, si como se afirmó arriba, el título de la ley tiene una única y necesaria connotación que hace indudable la finalidad legislativa de promover o beneficiar una religión o iglesia sin respetar la igualdad de trato garantizada en el artículo 19 de la Constitución, dicha intervención desconoce los mandatos constitucionales y debe, por ese hecho, excluirse del ordenamiento.

Finalidad del legislador

En la ponencia para primer debate al proyecto de ley número 65 de 2001-Cámara, por el cual se modifica el artículo 236 del Código sustantivo del trabajo, el congresista ponente incluyó la siguiente proposición:

Se solicita además cambiar el título así: Este proyecto de ley se denominará Ley María. Se quiere con este nombre rendir un homenaje a las madres colombianas, a la madre eterna y a la pequeña María cuyo nacimiento ha inspirado todas las recientes manifestaciones de apoyo a este proyecto y a la defensa del derecho preferente de los niños colombianos. (Gaceta del Congreso 465, miércoles 19 de septiembre de 2001, p. 11).

Se refería el ponente a la recién nacida María, hija de Juan Lozano Ramírez, quien promoviera activamente la licencia de paternidad. La niña María es la primogénita

de este conocido periodista quien, en su función de Consejero Presidencial para la Familia, la Mujer y la Niñez, defendiera en diversos foros públicos la iniciativa de establecer una licencia de paternidad.

Tres son los propósitos que adujo el ponente al subtítular la ley 755 de 2002 con el nombre de “Ley María”, cuerpo normativo que introdujo en nuestra legislación la licencia de paternidad: homenajear a las madres de Colombia, a la madre eterna y a la pequeña “María”. Analizadas tales finalidades la Corte encuentra que con ellas no se crea una ventaja a favor de determinada iglesia o religión, el Estado colombiano no se identifica formal y explícitamente con una religión o credo, ni adhiere oficialmente a ninguna fe religiosa, ni el nombre de “María” tiene una única y necesaria connotación que torne a la ley, por vía de su título, en vehículo de promoción de determinada fe religiosa.

En cuanto a los propósitos de rendir homenaje a todas las madres de Colombia y a una pequeña acabada de nacer, la Corte encuentra que ellos no contravienen los preceptos constitucionales. El primero por su grado de generalidad —homenaje a todas las madres colombianas— respeta la igualdad de todos ante la ley. Por su parte, el homenaje a una persona determinada, tampoco presenta problemas de constitucionalidad: el propósito de homenajear a una determinada persona natural no era el fin exclusivo ni principal de la ley, sino más bien una manera de promocionarla mediante su identificación con un nombre propio ampliamente difundido dentro de la población colombiana, fácil de recordar y asociado al fin último de dicha normatividad, como es el bienestar de los recién nacidos en Colombia.

Por su parte, con respecto al homenaje a la “madre eterna” pretendido por la ley, se pregunta la Corte si con ello se vulnera el principio de pluralismo religioso. Ello en razón de la presunta utilización de una ley, propiamente de su subtítulo, para promover una determinada fe religiosa como habría sucedido, por ejemplo, en el caso de la consagración del país al Sagrado Corazón de Jesús por parte del Presidente de la República, norma que fuera declarada inexecutable por esta Corporación mediante sentencia C-350 de 1994. Tal cuestionamiento presume que la mención a la “madre eterna” se refiere a la “Virgen María”, y que con ello se busca promover, en forma explícita y exclusiva, la religión cristiana, particularmente la católica, en desmedro de otras confesiones religiosas, así como borrar las fronteras que en la Constitución se erigen entre iglesia y Estado.

No comparte la Corte la anterior apreciación. Es claro para la Corporación que la titulación de la ley con el nombre de “Ley María” no tuvo como propósito la mención a la “madre de Cristo”, propia de la religión cristiana. De hecho, el nombre “madre eterna” no es usual para referirse a la “virgen María” dentro de dicha tradición. Por el contrario, el concepto de “madre eterna” para muchos está asociado a cosmovisiones que ven en la tierra a la madre eterna o por lo menos atribuyen a la tierra ser la partera de todo lo existente en este planeta. Además, el que una de las

connotaciones posibles del nombre utilizado, “María”, como subtítulo de la ley, sea la “madre de Cristo”, no quiere significar que otras connotaciones de tal nombre queden excluidas; por el contrario, la exposición de motivos para primer debate en la Cámara de Representantes aduce explícitamente dos connotaciones más: el nombre de pila de una recién nacida y las madres colombianas cuyo nombre, simple o compuesto, más común es el de María, como dadoras y protectoras de vida.

A diferencia del artículo 2 de la ley 1ª de 1952, que consagraba oficialmente al país a una fe religiosa por intermedio del Presidente de la República, norma contraria a los principios de pluralismo religioso y de igualdad de las diferentes confesiones religiosas ante la ley y que devino inconstitucional (Sentencia C-350 de 1994) a partir de la expedición de la Carta Política de 1991, el título de la ley 755 de 2002, por sus múltiples connotaciones, no favorece o promueve una determinada fe religiosa ni se adscribe oficialmente a determinadas creencias. Es claro entonces que el propósito del subtítulo “Ley María” dado a la ley 755 de 2002 no fue uno único y exclusivamente dirigido a promover una fe religiosa, por lo que con ello no se ha desconocido principio ni derecho alguno de orden constitucional.

No sobra advertir que aun cuando Colombia es un Estado con orientación predominantemente laica, basado en el pluralismo religioso que ofrece también respeto a las minorías religiosas en pie de igualdad, no es un Estado anticlerical. Los derechos fundamentales a la libertad de creencias, de religión y de culto, pero por sobre todo la igualdad de las confesiones e iglesias ante la ley (artículos 18 y 19 C.P.), exigen de las autoridades públicas una actitud respetuosa y dispuesta a garantizar su pleno ejercicio en igualdad de condiciones, lo que implica incluso la posibilidad de otorgar beneficios, siempre y cuando se aseguren a las demás confesiones religiosas e iglesias las mismas oportunidades.

La finalidad última de subtitular una ley con un nombre ampliamente conocido es la de divulgarla y promoverla para asegurar así su eficacia, en especial respecto del goce efectivo de los derechos (artículo 2 C.P.). Tal es el caso en relación con la licencia de paternidad que puede ser exigida por todo padre al momento del nacimiento de sus hijos, sin discriminación alguna por razones de religión. No sólo los padres católicos tienen derecho a esta licencia. Todos los padres que cumplan los requisitos de ley, sin importar si tienen o no creencias religiosas o cuáles sean éstas, podrán exigir la licencia. Un padre católico que no cumpla tales requisitos, como le sucedería a cualquier otro padre que profese otra religión, no podrá solicitar dicha licencia. [...]

La expresión “Ley María” no infringe el principio de la unidad de materia (artículos 158 y 169 C.P.) [...]

En resumen, la Corte concluye que darle nombre a una ley, mediante un subtítulo, en este caso “Ley María” —cuando dicho nombre no desconoce los requisitos es-

tablecidos en la Constitución y la Ley Orgánica del Reglamento del Congreso, en especial, cuando no es discriminatorio, no sustituye el número de la ley, no olvida la referencia a su contenido, no carece absolutamente de relación con el contenido de la ley, y no constituye una ley de honores, sino lo que busca es la promoción y difusión de la ley mediante el uso de un nombre genérico de amplia recordación—, no desconoce los preceptos constitucionales, en particular el principio de unidad de materia.

[...]

Como la razón de ser de este subtítulo es facilitar la divulgación de la licencia de paternidad como medio para hacer efectivo el derecho de los menores al cuidado y al amor, todas las personas podrán exigir su cumplimiento invocando este subtítulo, o el número oficial de la ley, sin que los obligados a reconocer la licencia cuando se cumplan los requisitos de ley, ni las autoridades, puedan argumentar que desconocen cuál es la “Ley María” y cuáles son los derechos que protege.

Cámara del Trabajo de Bariloche, Río Negro, Argentina

M. C. M. V. y otro

11 de mayo de 2006

Problema jurídico

¿Debe reconocérsele a la madre adoptante el permiso de licencia por maternidad y el pago de las contribuciones correspondientes con cargo a la seguridad social?

Hechos

La señora María C. M. V. y el señor Julio Alberto Raiman adoptaron un niño. El establecimiento donde trabaja la primera se negó a otorgar la licencia por maternidad, y en consecuencia María C. M. V. presentó una acción de amparo para obtener ese reconocimiento y el pago de las compensaciones correspondientes.

Decisión

No se puede ignorar la existencia del derecho reclamado por los amparistas a que se aplique el mismo régimen de licencias y asignaciones familiares contemplados para el caso de maternidad biológica. Una decisión distinta significaría convalidar un acto de discriminación, contrario al principio de igualdad y a los valores de equidad y justicia que deben guiar siempre las sentencias de los jueces. Se debe, entonces, conceder el derecho de licencia por nacimiento a la madre adoptante desde el momento que se le otorga la guarda del niño, resguardando así el vínculo materno filial desde su origen. También corresponde reconocerse a los amparistas el derecho a percibir las asignaciones que el sistema de seguridad social contempla para los trabajadores que tienen hijos.

Extractos

[...]

Impuesto a la acción el trámite de estilo, se requirió informe a la accionada y al ANSES, recibíendose únicamente respuesta de este Organismo (fs. 12), el cual se remite a las disposiciones legales vigentes que no [...] contemplan la licencia por maternidad en el supuesto de adopción. Agrega que únicamente se encuentra contemplada la Asignación Familiar por adopción, que se abona una vez que se presenta la sentencia definitiva de adopción. Así planteada la cuestión, quedaron los autos en estado de resolver.

Una de las garantías fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico es la igualdad de los habitantes ante la ley, prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional, siendo también un valor consagrado en su art. 14 bis, en los tratados de Derechos Humanos incorporados a partir de la Reforma Constitucional de 1994 y en la Constitución Provincial (arts. 31 a 33) la protección del trabajo en sus diversas formas, el amparo de la familia y el cuidado de los hijos, tomado esto no sólo como obligación de los padres sino con el carácter de responsabilidad social, debiendo entenderse que el ámbito de dicho ordenamiento no se limita a la familia biológica sino que se extiende a los vínculos adoptivos.

[...]

Relativo a la cuestión, tenemos que:

- a) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales refiere que los Estados partes reconocen la necesidad de conceder a las familias la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución (artículo 10).
- b) Además la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer establece en su artículo 11 que los Estados partes tomarán las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, para asegurar bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad.
- c) La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 18 que los Estados partes deben poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en referencia a la crianza y el desarrollo del niño/a, para lo cual se les prestará la asistencia apropiada con el fin de lograr el desempeño de sus funciones.
- d) Asimismo, la Argentina ha aprobado el Convenio N° 156 sobre la “Igualdad de oportunidades de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares” (OIT) que en su artículo 3 establece que “las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”. Esto se ve ratifi-

cado por lo dispuesto en el artículo 7 cuando refiere que deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades, por último agrega que las responsabilidades familiares no deben constituir de por sí una causa justificada para poner fin a una relación de trabajo (artículo 8).

e) También debe citarse a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer —celebrada en Beijing en 1995—, donde se recepta la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, que exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto. Luego, señala que es necesario que los Estados partes adopten medidas especiales (artículo 4, inc. 2), como garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de los hombres y las mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos (artículo 5, inc. b) y alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo (artículo 11, inc. 2, c). En igual sentido en el artículo 16 (inc. b y f) establece que los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con las relaciones familiares y en particular asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores y como adoptantes, en materias relacionadas con sus hijos.

Contempla también (en congruencia con lo mencionado en la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer)

[...] la armonización de las responsabilidades de las mujeres y los hombres respecto del trabajo y la familia, para lo cual los gobiernos deberán adoptar medidas para asegurar, ya sea mediante leyes, incentivos o estímulos, que se den oportunidades adecuadas a las mujeres y los hombres para obtener licencias por maternidad o paternidad, promoviendo que las responsabilidades del hombre y la mujer respecto de la familia sean en pie de igualdad.

f) La República Argentina ha aprobado en 1986 el “Convenio 156 sobre la Igualdad de oportunidades de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares” que en su artículo 3 establece que “las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto

entre sus responsabilidades familiares y profesionales” (ratificado por lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 10).

Lo mencionado hasta aquí es consecuente con la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual establece en su artículo 18 que “los Estados partes deben poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en referencia a la crianza y el desarrollo del niño/a, para lo cual se les prestará la asistencia apropiada con el fin de lograr el desempeño de sus funciones”.

g) Y se ha expedido especialmente sobre la cuestión la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en el convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad del año 2000 (88ª reunión, vigente desde el año 2002).

Se sostuvo en el mismo “la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño”, tomando nota de los distintos convenios internacionales y declaraciones relativas a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), así como los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras.

En particular, se contempló un “Proyecto de ley de licencias indistintas para maternidad/paternidad, adopción y enfermedad de los hijos y las hijas”, equiparando el vínculo biológico con el adoptivo.

[...]

Debe concluirse que las normas reseñadas tienen un objetivo común que apunta a la adopción de medidas que permitan a los trabajadores satisfacer adecuadamente las funciones y obligaciones concernientes a su vida familiar, protegiendo especialmente a la mujer de las prácticas discriminatorias por su condición de madres, previendo a tales efectos la licencia por maternidad que les garantice la estabilidad en el empleo cuando tengan hijos.

Y es indudable, como ya se advirtiera en la resolución cautelar dictada a fs. 6 que las normas de protección de la maternidad no pueden ser consideradas únicamente como tuitivas de la madre, sino que apuntan también a tutelar al niño en la cobertura de las necesidades propias de todo recién nacido, constituyendo un deber ineludible de los jueces tutelar tales derechos esenciales —consagrados por la Constitución Nacional, Provincial y tratados internacionales—.

En el supuesto que nos ocupa se encuentran afectados seriamente los derechos a la vida familiar y a la igualdad de trato que merecen la madre biológica y la que asume ese mismo rol al recibir un niño en guarda para adopción. En efecto, aparece como absolutamente injusta y discriminatoria la distinción entre ambas que hace la autoridad de aplicación, con fundamento en las leyes vigentes (fs. 12).

Si bien es cierto que nos encontramos ante una situación no contemplada expresamente por el ordenamiento positivo, tal distinción es ciertamente violatoria del derecho a la protección de la familia que surge de la legislación vigente en la materia [...]. Por consiguiente, no se puede ignorar la existencia del derecho reclamado por los amparistas a que se aplique el mismo régimen de licencias y asignaciones familiares contemplados para el caso de maternidad biológica. Una decisión distinta significaría convalidar un acto de discriminación, contrario al principio de igualdad y a los valores de equidad y justicia que deben guiar siempre las sentencias de los jueces.

La equiparación de la maternidad biológica y la maternidad adoptiva no admite punto de discusión alguno desde la lógica de la razón y el sentido común, y la ausencia de una norma expresa en tal sentido dentro de nuestra legislación no impide que se aplique en ambos casos el mismo régimen laboral, correspondiendo al órgano judicial cubrir el vacío legal en la materia. Ello, por otro lado, aparece como una consecuencia necesaria teniendo en cuenta que la adopción confiere al adoptado la posición de hijo biológico, con los mismos derechos y obligaciones —de acuerdo a lo previsto por los arts. 323 y 329 del Código civil—. Se debe, entonces, conceder el derecho de licencia por nacimiento a la madre adoptante desde el momento que se le otorga la guarda del niño, resguardando así el vínculo materno filial desde su origen.

De esa forma se le permite ejercer en plenitud y en condiciones de igualdad su derecho-deber de madre y se respeta el derecho esencial del recién nacido a tener la posibilidad de recibir los mismos cuidados y atención que un hijo biológico. Es que, en definitiva, la vía por la cual se llega a ser padre o madre es algo secundario al momento de analizar los derechos derivados del vínculo filial, debiendo garantizarse su goce en un plano de igualdad.

[...]

Finalmente, es necesario advertir —por razones prácticas y de economía procesal y mas allá de que no integrara puntualmente el objeto de la pretensión— que también corresponde reconocerse a los amparistas el derecho a percibir las asignaciones que el sistema de seguridad social contempla para los trabajadores que tienen hijos.

Por lo expuesto, la Cámara del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, resuelve:

- I) Hacer lugar a la acción de amparo promovida en autos.
- II) En consecuencia, declarar que la señora María C. M. V. tiene derecho a gozar de licencia de maternidad con motivo del otorgamiento en guarda para adopción del menor individualizado en la sentencia acompañada a fs. 1/2.
- III) Señalar, asimismo, que a los amparistas les corresponde el derecho a percibir las asignaciones que confieren los sistemas de seguridad social respecto de los hijos biológicos.

Cuestiones a debatir

En el debate de la década del setenta sobre las licencias por maternidad reseñado más arriba, algunas feministas liberales objetaban las licencias por ver en ellas el potencial de perjudicar la inserción de las mujeres en el mercado de trabajo. En cambio, los debates feministas más recientes han tratado de proponer diseños de las licencias por maternidad y paternidad que sirvan para promover la igualdad. Arreglos como la licencia por paternidad obligatoria por plazo idéntico a la de la licencia por maternidad son algunas de las propuestas que las feministas han ofrecido para utilizar las licencias en la búsqueda de la transformación de la división sexual del trabajo.⁸³

Algunas feministas culturales, sin embargo, insisten en la profundización del trato diferente y proponen la extensión de las licencias por maternidad existentes para incorporar en la definición del plazo, como variable, la práctica del amamantamiento más prolongado que fomenta la medicina por su impacto en la salud de los niños. No sólo parir, recuperarse del parto y desarrollar los primeros contactos con la prole son actividades por las que las mujeres deben recibir reconocimiento, sino que además se deben crear las condiciones propicias para que las mujeres puedan amamantar a sus hijos regularmente por un período más prolongado que los primeros sesenta o noventa días que en general reconocen los permisos por maternidad. Y para perseguir estos objetivos con decisión, los permisos para amamantamiento que reconocen muchas legislaciones no eran suficientes.

Las diferentes propuestas feministas parecen coincidir, no obstante, en la necesidad de prolongar las muy escuetas licencias por paternidad y así promover la presencia del padre en el hogar durante los primeros días de vida de los niños y reforzar el reconocimiento simbólico de su rol. Claro que las mismas propuestas parten aguas a la hora de definir el plazo de esa extensión y la obligatoriedad para el padre de gozar de la licencia. Algo parecido sucede cuando se debate la necesidad de acentuar los argumentos para justificar las licencias en los derechos de los niños. Aquí no todas las feministas se alinean con grupos de activistas como los que promueven las licencias maternas y paternas como instrumento para la defensa de los intereses de los niños.

Para completar los debates contemporáneos, es necesario introducir la definición de las licencias a las madres y los padres adoptivos. En este caso, es importante tener en mente que cuando los argumentos que se utilizan para fundar el derecho de madres y padres a los permisos hacen énfasis en los aspectos vinculados al amamantamiento o a la recuperación del embarazo y el parto, se

⁸³ Susan Moller Okin, *Justice, Gender and the Family*, *op. cit.*

debilitan las razones para otorgar un trato igualitario a los padres no biológicos. Una justificación de los permisos basada en una conceptualización más compleja de la maternidad, que la puramente biológica, es defendida por muchas feministas.

Claro que la discusión de éstas y otras propuestas también adquiere perspectivas diferentes según quien queda a cargo del pago de las licencias, ya que es sabido que los permisos por maternidad son justamente una de las variables que alimenta la mentira del mayor costo que para los empleadores implica el tener mujeres de empleadas. En los países en los que el Estado o los servicios de la seguridad social se encargan de cubrir los costos de las licencias, la cuestión no es tan compleja como cuando el empleador es quien debe enfrentar el pago. En estos casos, los reclamos de las feministas universalistas contra las licencias parecen recobrar fuerza: la sobrecarga para el empleador puede influir negativamente en la definición del costo del empleo de las mujeres y promover la discriminación en el acceso o la promoción en el empleo.

Algunas afirmaciones clásicas sobre la carga a los empleadores de “ciertos costos del trabajo femenino” se pueden encontrar en el siguiente extracto del provocador juez Richard Posner:

El punto en el que el libertario tiene la aptitud de separarse del liberal o la feminista radical en el ámbito del empleo se presenta sobre la cuestión de si los empleadores deberían ser forzados a subsidiar a las empleadas, al verse obligados a ofrecer una licencia por maternidad o beneficios por embarazo, u omitir datos como la mayor longevidad de las mujeres al definir los beneficios de las pensiones. Todo ello, en la medida en la que las mujeres trabajadoras incurren en mayores gastos que los hombres (fundamentalmente aunque no sólo debido al embarazo), o son más longevas que los varones. Entonces el empleador no debería ser obligado a pagar el mismo salario y a proveer el mismo paquete de beneficios. (Por supuesto, en la medida en la que las mujeres imponen menos costos —por ejemplo, las mujeres parecen más cuidadosas sobre la seguridad que los hombres, y por lo tanto son menos tendientes a sufrir accidentes de trabajo— tienen derecho a un salario proporcionalmente mayor o a beneficios más extensos.) Esto no quiere sugerir —lo que sería absurdo— que las mujeres tienen que ser culpadas por embarazarse o por vivir más que los varones. Es simplemente sugerir que podrían ser trabajadoras más costosas y que, si así fuera, la disparidad en los costos debería verse reflejada en su compensación neta. Si esta disparidad no se refleja, entonces los trabajadores varones están siendo víctimas de discriminación en el mismo sentido en el que las mujeres serían discriminadas si recibieran un salario menor que varones igualmente productivos (y no menos costosos). Lo que es salsa para el ganso debería ser salsa para la gansa. Algo más que la simetría está involucrado; veremos enseguida que las leyes diseñadas para mejorar el bienestar

de las mujeres podrían resultar un boomerang, parcialmente aunque no en su totalidad debido a la independencia económica de las mujeres y los varones.

Anticipo tres objeciones a mi análisis. La primera es que al hablar del subsidio de los empleadores hacia las mujeres estoy tomando como una referencia arbitraria los costos y la performance de los varones trabajadores. No es así. Consideremos a una mujer empleadora en una sociedad hipotética dominada por las mujeres cuya fuerza de trabajo es enteramente femenina. Un varón presenta una solicitud para obtener un trabajo. Exige un salario más alto justificando su reclamo en que la experiencia muestra que el varón empleado promedio cuesta menos desde el punto de vista médico de lo que cuesta la mujer trabajadora promedio. Si la empleadora se niega a pagarle un salario mayor, entonces, asumiendo que este trabajador es tan bueno como el promedio de las trabajadoras mujeres, entonces la empleadora estará discriminándolo. Esto debería responder la segunda objeción —que la naturaleza debería ser autorizada a determinar los resultados sociales—. Estoy de acuerdo con que la ley natural no impone la conclusión de que las mujeres deberían ser penalizadas en el mercado o en cualquier otro lugar por ser más longevas o por incurrir en costos mayores que los hombres en promedio. Pero tampoco existe ninguna razón por la cual los varones debieran ser penalizados por ser menos longevos que las mujeres siendo obligados a pagar a las mujeres una pensión por más tiempo. La cuestión debería ser librada al mercado.

La tercera objeción a mi análisis consiste en que, al sugerir que el empleador sea autorizado a hacer diferenciaciones justificadas en las diferencias de costo basadas en el sexo, estoy implicando necesariamente que él debería tener permitido tratar a los empleados como si fueran miembros de grupos cuyas características promedio el empleado puede no compartir, más que como individuos. Esto es cierto. Algunas mujeres mueren antes que los varones, al igual que algunas mujeres son más altas que algunos varones. La diferencia es que mientras es obvio al inspeccionar que una determinada mujer es más alta que ciertos hombres —y entonces sería absurdo que un empleador implementara (asumamos lo válido) un requisito de altura mínima de 5 pies y 8 rechazando recibir aplicaciones de mujeres—, no es obvio que las mujeres empleadas no vivirán más que los varones.⁸⁴

Preguntas

1. ¿Cuáles son los términos y condiciones de la regulación de los permisos parentales en su país? ¿Cuál es la extensión de las licencias por maternidad y paternidad? ¿Se extienden a todas las mujeres trabajadoras formales, incluyendo a las empleadas en relación de dependencia y a las trabajadoras independientes

⁸⁴ Richard Posner, *U. Chicago Legal F.* 191, pp. 195-198. Traducción de las autoras.

que contribuyen a la seguridad social? Si existe algún tipo de diferencia entre estos dos tipos de trabajadoras, cuál es la justificación para el trato desigual? ¿Se han reformado recientemente las normas sobre licencias parentales? ¿Cuáles han sido los argumentos que justificaron las reformas?

2. Compare las recientes reformas llevadas a cabo en Colombia y Chile con el proyecto de ley para la Argentina. ¿A su juicio, las reformas de Colombia y Chile son el producto de movilizaciones feministas o de otros grupos? En este último caso, ¿qué otros grupos sociales tienen interés en promover estas reformas? ¿Qué visiones feministas puede identificar como sustento de las reformas o propuestas de legislación en los tres países?

3. Revise los artículos 5 y 6 del “Código de buenas prácticas laborales sobre no discriminación para la administración central del Estado de Chile”. ¿Existe alguna norma de este tipo o alguna regulación genérica de la igualdad de oportunidades en el empleo público o privado en su país? Si la respuesta es afirmativa, analice si la norma tiene previsiones del tipo de las citadas en Chile y compárelas. ¿A su juicio, este tipo de regulaciones es eficaz? ¿Cómo evaluaría su eficacia?

4. En la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia se plantea el problema de dos modelos distintos de socialización de los costos de las licencias paternas y maternales. ¿Cuál es la visión del tribunal sobre la decisión de los legisladores de cargar los costos de la licencia paternal a una entidad diferente del Fondo de Solidaridad y Garantías? ¿Considera que los argumentos esgrimidos por la Corte son aceptables? Si bien el reclamo de inexequibilidad no se funda en un argumento sobre discriminación hacia las mujeres como consecuencia del diseño de cargar los costos de las licencias parentales a las empresas de salud, ¿considera que un planteo con este tipo de argumentos podría haber llevado a la Corte Constitucional a tomar una decisión distinta?

5. En la sentencia se analizan además los argumentos esgrimidos por el legislador de la Ley María para titular la norma como tal. ¿Cómo evaluaría, desde una perspectiva feminista liberal o cultural, los argumentos que justifican la elección del título? Examine los argumentos de la Corte para fundar su aceptación del título de la ley e identifique cuál de esos argumentos podría ser caracterizado como un argumento feminista cultural y cuál como un argumento feminista liberal o, simplemente, liberal.

6. ¿Qué razones esgrime el tribunal de Bariloche para extender la licencia por maternidad a la madre adoptiva? ¿Qué otros argumentos le parece que podrían haber completado la sentencia? ¿Con qué argumentos podrían cuestionar algunas feministas el resultado de la sentencia de Bariloche?

7. Revise el texto del juez Richard Posner y evalúe críticamente los argumentos que ofrece el autor para rebatir las tres críticas que se podrían hacer a su

posición desde distintas perspectivas feministas. ¿Qué argumentos puede ofrecer para cuestionar las afirmaciones de Posner sobre el “costo del trabajo femenino”? ¿En qué medida las reformas legislativas de Chile y Colombia, con su extensión de la licencia por paternidad, contribuyen a aumentar el costo del trabajo masculino y, por lo tanto, a presentar nuevas objeciones a las ideas de Posner? ¿Cómo evaluaría a la luz de los argumentos de Posner la propuesta de legislación argentina?

C. TERCER PROBLEMA: TRABAJO Y CUIDADO DE PERSONAS

En el capítulo “Familia” de este libro se tratan algunos de los temas centrales que ejemplifican el impacto de las desigualdades en la división sexual del trabajo doméstico en la familia y su repercusión en la esfera del trabajo. En este capítulo, “Trabajo”, se propone tratar el tema desde la perspectiva de los diseños de políticas laborales sobre cuidado y su impacto diferencial en las mujeres trabajadoras, a pesar de que claramente el cuidado de los niños y adultos no es, en principio, una tarea que sólo puedan llevar a cabo las mujeres.

El abordaje tradicional del cuidado de niños, niñas y otras personas dependientes de los trabajadores ha consistido fundamentalmente en relegar la cuestión al ámbito privado y a cada trabajador. La negociación de estos servicios recae en cada mujer. A pesar de que se trata de una cuestión atinente a las familias en general, y no sólo a las trabajadoras, las desigualdades en la división de las cargas domésticas ha tenido como consecuencia que sean las mujeres las que en la mayoría de los casos tienen la responsabilidad primaria de resolver el problema del cuidado de los dependientes.

Si bien algunas de las legislaciones de la región contienen reglas laborales que exigen la prestación del servicio de guardería ante la presencia de un cierto número de trabajadores o trabajadoras madres, en la práctica existe la percepción generalizada de que el respeto de estas normas es más una aspiración que una realidad.⁸⁵

Por otra parte, se trata de normas difíciles de exigir, aunque algunas sentencias revelan que comienzan a revertirse prácticas instaladas de denegación de derechos reconocidos en los códigos laborales de la región. Finalmente, a veces, las normas están redactadas de forma tal, que el beneficio se reconoce sólo a las

⁸⁵ No se encontraron estudios difundidos en el marco latinoamericano sobre la extensión del cumplimiento con las exigencias legales de prestación del servicio de guarderías. Para una revisión comparada de las experiencias de Estados Unidos y Canadá, ver, Meghan M. Thomsen, “The Role of Business and Government in the Provision of Chile Care Assistance: A Comparative Analysis of the United States and Canada”, *17 U. Pa. J. Int'l. Econ. L.* 1209, 1996.

mujeres y se generan otras formas de discriminación: no existen razones por las cuales sólo ellas debieran ser las titulares de este tipo de prestaciones.

Además de los servicios previstos en los códigos de trabajo en los casos en los que existe la presencia de varias mujeres madres, los Estados latinoamericanos tienen redes precarias de servicios de guarderías públicas: las condiciones y recursos destinados a éstas suelen ser exiguos, y la calidad del servicio, por lo tanto, es poco respetada.

Ante la falta de políticas públicas de calidad, los trabajadores y las trabajadoras, pero mucho más estas últimas, se ven obligados a asumir mayores responsabilidades en el cuidado de los niños. Responsabilidades que a veces llegan al abandono del trabajo ante la imposibilidad de delegar el cuidado de los niños en empleadas domésticas, canguros o familiares.

A continuación se presentan algunas sentencias en las que los tribunales de la región han considerado la responsabilidad por la prestación del servicio de guarderías.

**Corte Suprema de México
Sala Segunda, 9ª época⁸⁶**

Problema jurídico

¿Infringe la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos una norma legal que establece que el monto de la prima para el seguro de guarderías y de las prestaciones sociales de carácter institucional será del 1% sobre el salario base de cotización, del cual sólo podrá destinarse hasta el 20% para prestaciones sociales?

Tesis

El que la norma legal citada prevea que el monto de la prima para el seguro de guarderías y de las prestaciones sociales de carácter institucional sea del 1% sobre el salario base de cotización, del cual sólo se podrá destinar hasta el 20% para prestaciones sociales no infringe el mandato contenido en el artículo 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. No lo infringe porque este precepto constitucional establece como de utilidad pública la expedición de una Ley del Seguro Social en la que se comprendan, entre otros, los seguros de servicios de guardería y cualquier otro tendiente a la protección y bienestar de los trabajadores y de otros sectores sociales y sus familiares. De manera que sí en las disposiciones del capítulo VII del título segundo de la Ley del Seguro Social, vigente a partir del primero de julio de 1997, se prevé la creación del seguro

⁸⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVI, agosto de 2002. Tesis 2ª, XCVII/2002, p. 387. Materia: constitucional, administrativa, tesis aislada.

de guarderías y de las prestaciones sociales, destinado a cubrir el riesgo de la mujer trabajadora y del trabajador viudo o divorciado que conserve la custodia de los hijos, en caso de que durante su jornada de trabajo no pueda proporcionarles los cuidados necesarios en su primera infancia, así como a fomentar la salud, prevenir enfermedades y accidentes y contribuir a la elevación general de los niveles de vida de la población y de los jubilados y pensionados a través de servicios y programas de prestaciones sociales que fortalezcan la medicina preventiva y el autocuidado de la salud, el mejoramiento de su economía y la integridad familiar, además de acciones de salud comunitarias, asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria a través del establecimiento de unidades médicas destinadas a la prestación de estos servicios a favor de los núcleos de población que constituyen polos de profunda marginación rural, suburbana y urbana, determinados por el Poder Ejecutivo Federal como sujetos de la solidaridad social, con ello se cumple el citado mandato constitucional, pues el seguro aludido tiende a garantizar la prestación del servicio de guarderías y de otros con miras a la protección y bienestar de los trabajadores asegurados, sus familiares y otros sectores sociales. Lo anterior no obsta que en el numeral 211, por lo que hace al financiamiento del seguro de guarderías y de las prestaciones sociales de carácter institucional, se establezca que del mencionado monto de la prima correspondiente se destine hasta un 20% a las prestaciones sociales, ya que la Norma Suprema ordena que es la ley especial la que debe establecer el seguro aludido, de forma tal que corresponde a este último ordenamiento regular la forma, condiciones y régimen de financiamiento aplicable, ello en acatamiento al propio mandato constitucional.

Juzgado Contencioso Administrativo de Mar del Plata, Argentina
Marcela Alejandra Delledonne contra Ministerio de Seguridad,
Policía de la Provincia
13 de mayo de 2004

Problema jurídico

¿La falta de reglamentación de la ley que establece el reintegro por guardería es justificación suficiente para eximir a la trabajadora que lo reclama de hacer el reintegro?

Hechos

La actora interpuso una acción de amparo contra la Policía de la Provincia de Buenos Aires por la arbitraria denegación del reintegro por guardería. Solicitó que se le ordenara al ente demandado otorgar ese beneficio previsto por la ley, y además el reintegro de lo que a la fecha se le adeudaba por ese concepto. La actora se desempeñaba como policía de la Provincia de Buenos Aires como suboficial inspector.

Decisión

El juzgado decide que se le abone al empleador el reintegro del servicio de guardería según lo previsto en la ley 11501, independientemente de la falta de reglamentación de la norma.

Extractos

[...]

Que a fs. 133 se presenta la Fiscalía de Estado adjuntando los expedientes administrativos N° 21.100-741601-01, N° 21.100-642117-03 y N° 21.100-714235-04, y acompañado el informe circunstanciado, en el que se pone de manifiesto que no ha podido hacer lugar al reclamo de la aquí actora dado que falta la reglamentación de la ley 11501, y hace saber que ha sido propiciada, desde el Ministerio de Seguridad, la reglamentación de la citada ley, estándose a la espera de la emisión del pertinente decreto reglamentario.

Que de las constancias obrantes en la causa surgen los siguientes elementos significativos para resolver la cuestión:

La demandada reconoce que la actora se desempeña en la Policía de la Provincia de Buenos Aires como Oficial Subinspector, cumpliendo funciones en la Comisaría Seccional 2ª del Partido de General Pueyrredon. Asimismo, está reconocido que ante la presentación efectuada por la amparista el 22/5/01 se inicia el expediente N° 21.100-741.601/01.

Además, está claramente admitido que el motivo invocado para desechar el reclamo de la aquí actora es la falta de reglamentación del beneficio por guardería.

Así lo indican el informe de la Dirección de Fiscalización de Asignaciones de la Policía que obra a fs. 107 en el que se expresa que “[...] no se podrá dar curso a lo peticionado en razón que el beneficio por guardería no ha sido reglamentado a la fecha [...]”.

En igual sentido se expidió la Dirección General de Asesoría Letrada (fs. 115), adhiriendo al criterio sustentado por la Dirección de Fiscalización de Asignaciones, al sostener que

[...] la ley 11501 publicada con fecha 11/2/94 en el Boletín Oficial de la Provincia incorpora dicho beneficio; mas la citada norma no se encuentra aún reglamentada, requisito éste fundamental para su operatividad [...] [y agrega] [...] que en su oportunidad se propició la mentada reglamentación, estándose a la espera de la emisión del pertinente decreto reglamentario por parte del poder Ejecutivo.

Todo ello llevó al citado organismo a tomar razón del reclamo, para darle tratamiento, una vez dictada la respectiva reglamentación.

[...]

Resumiendo, la accionada pretende quedar relevada de la obligación impuesta por la ley 11501 alegando que esta ley no se encuentra reglamentada.

En consecuencia, tendrá que dilucidarse en autos si la defensa esgrimida es suficiente para eximir de responsabilidad a la demandada y, en su caso, cuál es la solución que frente a ello se puede adoptar en la presente acción de amparo.

Siguiendo el propósito enunciado, es necesario reiterar que la ley 11501, que en su artículo 1° establece que: “el personal femenino tendrá derecho a la asignación de reintegro por guardería por cada hijo menor de cuatro años de edad que, por falta de cupo o inexistencia, no pueda concurrir a guardería oficial gratuita”, fue publicada en el Boletín Oficial con fecha 11/2/94. En la misma ley se establece que la reglamentación determinará las condiciones exigidas para su otorgamiento.

Ahora bien, luego de 10 (diez) años de vigencia de la ley, el poder Ejecutivo provincial no puede seguir demorando su aplicación con la excusa de la falta de reglamentación que a él mismo le corresponde hacer del beneficio. Frente al reclamo de la actora —que de acuerdo a la documentación acompañada se encontraría entre las beneficiarias de la norma— el poder Judicial no puede permanecer ajeno por encontrarse en juego elementales principios constitucionales.

El hecho de que el poder Ejecutivo eluda el cumplimiento de los deberes que le impone la Legislatura en relación a determinadas personas —en el caso mediante la ley 11501— omitiendo el dictado de la reglamentación respectiva, implica una afrenta al principio de división de poderes que rige en la provincia de Buenos Aires (Preámbulo y arts. 1, 45, 144 inciso 2° y concordantes de la Constitución Provincial y 5 de la Constitución Nacional), generando un supuesto de “omisión inconstitucional”.

La inconstitucionalidad por omisión se presenta en el caso porque la falta de reglamentación de la ley por parte del poder Ejecutivo implica una violación al artículo 144 de la Constitución Provincial, que en su inciso 2° le atribuye competencia para facilitar la ejecución de las leyes. Es por ello que, además de incumplir la obligación de reglamentación que le impone la ley 11501, también se incumple la Ley Fundamental provincial.

[...]

Frente al apartamiento del orden constitucional, el poder Judicial no puede permanecer ajeno, debiendo preservarlo por intermedio de la función de control que le atribuye ese mismo orden (conforme principio que emana del artículo 57 de la Carta Magna local).

Para el supuesto sub-examine la acción de amparo prevista constitucionalmente (tanto en el artículo 43 de la Constitución Nacional como en el artículo 20.2. de su similar provincial) se erige en el mecanismo idóneo para canalizar el mentado control (conf. Sagüés, *op. cit.*, p. 957).

En autos se encuentran presentes todos los requisitos previstos por ambos textos constitucionales para la procedencia de la garantía de amparo. Hay una omisión

proveniente de autoridad pública que restringe el ejercicio de derechos constitucionales con ilegalidad manifiesta.

Adaptando la fórmula a la situación aquí planteada: la omisión del poder Ejecutivo en reglamentar la ley 11501 restringe los derechos de propiedad, de igualdad y de trabajar de la actora —de innegable raigambre constitucional—, implicando ello una obvia y patente violación a la mencionada ley y la Constitución local. Por su parte, frente a la omisión reglamentaria por parte del poder Ejecutivo, los mecanismos procesales ordinarios se manifiestan inhábiles. Es un claro caso ante el cual el amparo procede, y así se declara.

[...]

Declarada la procedencia del presente amparo corresponde determinar el alcance de la sentencia destinada a hacer efectivo el control de constitucionalidad que dicha garantía lleva implícita, a los fines de que la resolución a dictarse no se transforme en una declaración abstracta, sin efectos. Es decir, siendo este proceso una vía idónea para canalizar el control, corresponde determinar cómo se consuma el mismo.

Frente a situaciones de falta de reglamentación de una ley se han admitido dos soluciones posibles: puede obligarse al órgano remiso a cumplir la actividad debida, o bien, puede el órgano judicial suplir la actividad omitida en beneficio del sujeto agraviado que provoca el control (conf. Bidart Campos, *op. cit.*, p. 785).

Con relación a la segunda hipótesis, que será viable siempre y cuando las circunstancias del caso lo permitan, se ha dicho que “cuando el reglamento de ejecución se hace esperar parece exacto estimar que la ley, si existe la posibilidad concreta y falta la prohibición correspondiente en el mismo texto legislativo, debe aplicarse igualmente” ([citado] por Sagüés, *op. cit.*, p. 957).

La posibilidad de este tipo de mandatos judiciales tendientes a superar la inactividad material de la administración, en el caso de omisión “inconstitucional”, está plenamente admitida por la Suprema Corte provincial.

[...]

En consecuencia, resulta razonable y hasta necesario imponerle al poder Ejecutivo la obligación de reglamentar el artículo 116 inc. e) apartado 7° de la ley 9550/80, incorporado por ley 11501 (conf. artículo 144 inciso 2° de la Constitución Provincial y 106 del decreto ley 7647/70). Dado el tiempo que ha transcurrido desde la sanción de la ley de marras, es razonable fijar el plazo de treinta días para hacer efectivo el precedente mandato.

En ese mismo orden de ideas, es necesario que una vez dictado el reglamento de la ley, se resuelva el reclamo que ha efectuado la actora en sede administrativa mediante los expedientes N° 21.100-741601-01, N° 21.100-642117-03 y N° 21.100-714235-04.

[...]

Por todo lo expuesto fallo:

1) Haciendo lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta, declarando manifiestamente ilegítima la demora del poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires en la reglamentación del artículo 116 inc. “e” apartado 7° de la ley 9550/80, incorporado por ley 11501 (arts. 20 inc. 2° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1, 15 y concordantes, de la ley N° 7.166, t.o. por decreto N° 1.067/95).

2) En consecuencia se condena al poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que, dentro del plazo de treinta días corridos, reglamente el artículo 116 inc. “e” apartado 7° de la ley 9550/80, incorporado por ley 11501.

3) Se condena al poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires —por intermedio del órgano competente— a que, en el plazo de treinta días a computar desde que se dicte la reglamentación indicada en el punto precedente, resuelva el reclamo de los expedientes administrativos N° 21.100-741601-01, N° 21.100-642117-03 y N° 21.100-714235-04.

[...]

Cuestiones a debatir

Las feministas tienen visiones controvertidas sobre la conveniencia del desarrollo de un sistema de guarderías públicas a cargo del Estado. Éste es el modelo característico de los Estados de bienestar europeos, con Suecia a la cabeza del paradigma de desarrollo de la socialización de los servicios y los costos del cuidado de niños.⁸⁷ En ese país el Estado provee una red de servicios que reflejan políticas de apoyo intensivo a las familias y que se definen independientemente de las necesidades económicas de éstas. Estos servicios incluyen coberturas extensas del embarazo, subsidios a todas las familias que aumentan en función del número de hijos, beneficios para apoyar a las familias en las que alguno de los progenitores que no está a cargo de la custodia no paga o no puede pagar el cuidado de los niños, y un extenso sistema público de cuidado de niños.

Sin embargo, algunas feministas han llamado la atención sobre la ausencia de un vínculo claro entre este tipo de políticas y una mayor igualdad de género en el trabajo.⁸⁸ Por otra parte, la forma como están concebidas algunas de estas políticas pueden producir las mismas tensiones señaladas en los debates sobre el trato diferente y el trato igualitario, y perjudicar a las mujeres trabajadoras, a quienes se las asociaría con los costos del cuidado de niños.

En cualquier caso, la situación en la región dista mucho de la de los modelos europeos, y si bien algunos ordenamientos jurídicos han transplantado las

⁸⁷ Para una descripción del modelo europeo, ver Nancy E. Dowd, “Envisioning Work and Family: A Critical Perspective on Internacional Models”, 26 *Harv. J. Legis.* 311, 1989.

⁸⁸ Joan Williams, *Unbending Gender: Why Family and Work Conflict and What to Do About It*, Houghton Mifflin Books, 2000.

normas que sustentan las políticas públicas de aquellos países, por lo general éstas se incumplen o simplemente no se implementan, como lo refleja la sentencia argentina citada. Además, no todas las normas que exigen la prestación del servicio están redactadas de acuerdo con unos términos que definan las prestaciones como debidas a varones y mujeres por su rol parental. Por lo tanto, cuando los beneficios se asocian sólo a las trabajadoras pueden contribuir a reforzar las falsas creencias sobre el costo del empleo femenino. En ocasiones, como lo ejemplifica la tesis de la sentencia mexicana, todavía se debate ante los tribunales las decisiones de asignación de recursos que tienen por fin comenzar la implementación de políticas de guarderías largamente postergadas.

Ahora bien, ¿cuáles son las dinámicas que explican las demoras en la implementación de normas de larga data, características de las primeras conquistas de los movimientos de trabajadores? ¿Cuál es el rol que en la exigibilidad de tales prestaciones han desempeñado los sindicatos? ¿Y cuál ha sido el rol que los movimientos de mujeres han tenido en promover la exigibilidad de los servicios reconocidos en algunas legislaciones y convenios colectivos de trabajo? ¿Qué lugar ocupan estos reclamos en la agenda actual de los movimientos de mujeres? A juzgar por las sentencias disponibles, y por la ausencia de grandes reformas recientes, el activismo feminista en la región ha aceptado con cierta pasividad la falta de regulación e implementación real de los beneficios reconocidos en normas ya añejas. Pareciera que las disidencias en las perspectivas feministas de la región sobre el rol de las guarderías y la falta de consenso sobre la inclusión del servicio como una prestación básica de cualquier Estado de bienestar han creado una situación de pasividad que condena a la resolución individualizada del problema del cuidado de los niños. Esta pasividad puede ser causa y consecuencia a la vez de la precariedad y pauperización de los servicios de guardería existentes, utilizados en general por las familias de más bajos recursos. Se trata, sin lugar a dudas, de una cuestión pendiente en la agenda feminista de reforma que debería ser estudiada para comprender las dinámicas culturales sobre la maternidad que operan en el tema, así como las visiones feministas latinoamericanas en la materia.

Preguntas

1. ¿Existe en su país alguna normativa que exija a los empleadores públicos o privados la prestación de los servicios de guardería? En caso afirmativo, ¿cuáles son las condiciones y los requisitos para la prestación de dicho servicio? ¿Hace la norma referencia al sexo de las o los empleados, o está redactada en términos neutrales al sexo, y por lo tanto se trata de un beneficio reconocido a los y las trabajadoras? ¿Existen estudios que den cuenta de la medida en la que

dichas normas son implementadas por los empleadores públicos o privados? Si las normas no se implementan, ¿por qué razones considera que esto sucede? ¿Cuál es la postura de los sindicatos o representantes del movimiento de mujeres sobre la cuestión? De ser aplicable, ¿cuál es el discurso de las entidades estatales que incumplen con la implementación de las normas que obligan a la prestación del servicio de guarderías? ¿Existe alguna jurisprudencia relevante sobre la cuestión? Si su respuesta es afirmativa, ¿cuáles son los argumentos esgrimidos por las partes y los tribunales en el debate?

2. La tesis transcrita de la sentencia mexicana sintetiza algunos de los argumentos que da el tribunal para considerar que la norma cuestionada, que requería el destino de un porcentaje de los recursos contribuidos a la seguridad social para solventar un sistema de guarderías públicas, es constitucional. ¿Qué opinión le merecen esos argumentos? ¿Qué otros se podrían incorporar para apoyar la conclusión del tribunal desde una perspectiva feminista? ¿Qué argumentos podrían esgrimir las feministas críticas de la política de socialización de los costos de un servicio de guarderías? ¿Considera el tribunal que la responsabilidad por el cuidado de niños es una tarea de los trabajadores en general, de las familias o de las mujeres?

3. En el caso argentino, una empleada pública de la Policía reclama la implementación de un servicio previsto en la regulación de su empleo. ¿Qué razones esgrime la defensa para denegar la prestación del servicio? ¿Qué opinión le merecen estos argumentos? ¿Considera que la prestación que se reclama tiene algún impacto en los argumentos que aduce la defensa? ¿Qué razones da el tribunal para aceptar el pedido de la autora? ¿Cuál es la visión de la discriminación por sexo que refleja la sentencia? ¿Cómo hubiera sido resuelto el caso si el reclamo lo hubiera planteado un varón trabajador de la Policía? ¿En qué circunstancias, si alguna, considera que un varón padre podría haber hecho un planteo por discriminación? ¿Cuál es la solución ordenada por el tribunal? ¿Cuál es su opinión sobre la eficacia de esta propuesta remedial? ¿Qué argumentaría una feminista crítica del tipo de reclamo que presenta la actora en este caso? ¿Qué podría responder una feminista alineada en la defensa del reclamo de la actora incorporando argumentos no considerados por el tribunal? ¿Considera el tribunal que la responsabilidad por el cuidado de niños es una tarea de los trabajadores en general, de las familias o de las mujeres?

4. El tribunal argentino cita varias normas del derecho internacional y de tratados internacionales de derechos humanos. ¿Cómo evalúa la utilización de estas citas por parte del tribunal? ¿En qué medida incorporan argumentos sustantivos en defensa de la justificación de la sentencia? ¿Por qué considera que el tribunal prefiere hacer este tipo de citas en lugar de recurrir a los numerosos argumentos desarrollados desde el feminismo para defender el derecho a un

servicio de guarderías como instrumento para la promoción de la igualdad en la distribución de la carga de cuidado de niños entre varones y mujeres trabajadores y en el hogar?

5. ¿En qué medida una estrategia más articulada de litigio de impacto en los tribunales de su país podría contribuir a tornar exigibles los derechos de los y las trabajadoras a recibir servicios de guardería pagos a cargo del Estado o de sus empleadores? ¿Qué argumentos del estilo de los que se esgrimieron para negar otros derechos sociales se podrían dar para rechazar una judicialización de este tipo de reclamos? ¿Cuáles serían a su juicio los mejores argumentos para desarrollar un litigio de este tipo con probabilidades de éxito?

III. MECANISMOS DE LA DOMINACIÓN

Las feministas marxistas y radicales han propuesto pensar el género y el trabajo en torno al eje de la dominación. Para las primeras, la opresión de las mujeres trabajadoras reside en que sufren la misma opresión que el resto de los miembros de la clase trabajadora. Además, las esposas sufren una doble opresión: la reciben de sus maridos tanto como de la exclusión de la vida pública. Al relegarlas a la esfera privada, la familia contribuye a la subordinación de las mujeres.⁸⁹ Las feministas radicales, en cambio, han preferido acentuar los mecanismos de la dominación emergentes de la expropiación de la sexualidad femenina de parte de los varones. Para ellas, la dominación de las mujeres se define fundamentalmente en la dimensión de la sexualidad.

En el plano del trabajo, estas visiones de la dominación han llevado a las feministas radicales a hacer grandes aportes a la conceptualización del acoso sexual y a la posterior promoción de políticas para combatirlo. Por ello elegí ilustrar en el primer problema de esta sección algunas de las ideas sobre dominación con los debates feministas sobre el acoso sexual y su interés para la regulación del tema en la región. Estas feministas, además, han hecho importantes contribuciones al debate sobre otros ámbitos de opresión en la sexualidad en la que la dimensión del trabajo de las mujeres también está presente. Me refiero a la discusión feminista sobre prostitución y pornografía.

Las feministas marxistas han hecho numerosas contribuciones en diversos planos del análisis de la explotación del trabajo de las mujeres, como el de la

⁸⁹ A. Jaggar, *Feminist Politics & Human Nature*, *op. cit.*; R. Tong, *Feminist Thought: A Comprehensive Introduction*, *op. cit.*; Heydi Hartmann, "Capitalism, Patriarchy and Job Segregation by Sex", *1 Signs*, 1976, p. 193; Roslyn Feldberg, "Comparable Worth. Toward a Theory and Practice in the United States", *10 Signs*, 1984, p. 312; Heidi Hartmann, "Comparable Worth and Women's Economic Independence", en Christine Bose y Glenna Spitze, eds., *Ingredients for Women's Employment Policy*, SUNY Press, New York, 1987.

lucha por la igualdad salarial, que aborda la primera sección de este capítulo. El segundo problema de esta última parte propone la discusión de algunas de las temáticas planteadas por la regulación del empleo doméstico, ámbito en el que con frecuencia se generan condiciones de explotación sobre el que las feministas marxistas y, en particular, las latinoamericanas,⁹⁰ han llamado reiteradamente la atención. La relevancia de esta problemática para la región es indiscutida, ya que en muchos de los países del continente el trabajo en el servicio doméstico es una de las principales fuentes de ocupación de las mujeres.⁹¹ Este tema, además, sirve para ilustrar las múltiples dimensiones de la opresión en las que insisten las feministas críticas, pues a la experiencia de la explotación laboral de muchas trabajadoras del servicio doméstico se suma en muchos casos la explotación de la condición étnica o la de migrante.⁹²

El feminismo contemporáneo ha intentado evitar las dicotomías características de los debates de la segunda ola —este tema es desarrollado con mayor detenimiento en el capítulo “Ciudadanía” de este libro—. Con ese fin proponen completar las visiones tradicionales de las feministas marxistas o radicales introduciendo una perspectiva interseccional que refleje el lugar del género junto a su interacción con otras categorías como la clase, la raza, las preferencias sexuales, la nacionalidad.⁹³ Es importante tener presente esta invitación a reflexionar sobre la forma en la que desde el derecho, en este caso el dedicado a la regulación del trabajo, se puede afectar de diferentes formas a las mujeres de la clase trabajadora y a aquellas de clase media, a las nativas y a las inmigrantes, a las de la raza dominante y a las de la raza minoritaria, entre otras. Para ilustrar estas visiones feministas sobre los múltiples mecanismos de la dominación propongo la revisión de algunas sentencias sobre el trabajo de mujeres inmigrantes.

Finalmente, es importante subrayar la crucial contribución de feministas de diversas corrientes al denunciar la violencia y la explotación de mujeres cuyo

⁹⁰ Ver, al respecto, las investigaciones pioneras compiladas en Elsa M. Chaney y Mary García Castro, eds., *Muchacha, cachita, criada, empleada, empregadinha, sirvienta y... más nada: trabajadoras del hogar en América Latina y el Caribe*, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1993.

⁹¹ Magdalena León, “El servicio doméstico: trabajo de la mayoría de las mujeres en América Latina”, en <http://idrinfo.idrc.ca/Archive/Reports/INTRA/pdfs/v13n2s/115033.pdf>.

⁹² Ver al respecto “El aporte de las mujeres a la igualdad en América Latina y el Caribe”, informe reciente de la CEPAL en http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/29399/prologo_introduccion.pdf.

⁹³ Kimberly Crenshaw, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *U. Chi. Legal Forum* 139, 1989; Elizabeth V. Spelman, *Inessential Woman: Problemas of Exclusion in Feminist Thought*, Beacon Press, Boston, 1988; Angela Harris, “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, *42 Stan. L. Rev* 581, 1990; Sylvia A. Law, “Homosexuality and the Social Meaning of Gender”, *1988 Wis. L. Rev.* 187, 1995.

trabajo se desarrolla en condiciones inhumanas en talleres, fábricas o industrias insalubres. Experiencias como las de Ciudad Juárez, la de las trabajadoras del mercado de flores en Colombia, o la de las empleadas de talleres textiles en Argentina, reflejan algunas de las formas modernas de la explotación y ponen en evidencia la vigencia de categorías que, como la esclavitud, permiten entender ciertas experiencias del trabajo femenino.⁹⁴

A. PRIMER PROBLEMA: ACOSO SEXUAL

El acoso sexual es un fenómeno tan antiguo como la historia del trabajo. Varones y mujeres, y fundamentalmente estas últimas, han sido y continúan siendo víctimas frecuentes de conductas que hoy se identifican como casos de acoso sexual en el trabajo y que impactan de diversas formas sus experiencias y carreras laborales. Sin embargo, los esfuerzos por nombrar el problema y desarrollar herramientas jurídicas, políticas y educativas para combatirlo son recientes.

Los aportes de las feministas radicales en Estados Unidos en la década del setenta fueron claves para iniciar este proceso. Las exitosas estrategias judiciales⁹⁵ y las reformas legales sirvieron de antecedentes a un movimiento global hacia la conceptualización, regulación y diseño de políticas institucionales sobre el acoso sexual.⁹⁶ El ímpetu reformista llegó también a Latinoamérica donde, a partir de la década del noventa, surgieron debates tendientes a problematizar conductas antes naturalizadas, se reformaron legislaciones y se experimentó un incremento relativo —aunque embrionario aún— de la jurisprudencia y de las políticas públicas para combatir viejas y nuevas formas de acoso sexual en el trabajo.⁹⁷

Los avances, sin embargo, son dispares. Las investigaciones sobre acoso sexual en la región revelan que se trata de un fenómeno ubicuo en varios paí-

⁹⁴ Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel, *Directions in Sexual Harassment Law*, Yale University Press, New Haven, 2004.

⁹⁵ El primer caso en el que la Corte Suprema estadounidense receptó el acoso sexual fue frente al caso *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 US 57 (1986).

⁹⁶ Anita Bernstein, “Law, Culture and Harassment”, *University of Pennsylvania Law Review* 142, 1994, pp. 1227-1311.

⁹⁷ Véase al respecto, “Informe de la Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe”, México, D.F., 10 al 12 de junio de 2004, disponible en <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/15198/lcg2256e.pdf>; y el informe del Coloquio Judicial sobre la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el orden interno, Santiago, Chile 25 al 27 de mayo del 2005, disponible en <http://www.eclac.org/mujer/noticias/paginas/8/29198/InformeColoquio.pdf>; ambos de la División para el Adelanto de la Mujer de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL),

ses.⁹⁸ Los informes disponibles dan cuenta de la falta de acuerdos sociales básicos sobre qué conductas constituyen acoso sexual, su carácter reprochable, su explicación y, más aún, sobre las estrategias legales y políticas para prevenirlo y sancionarlo.

Sobre ese trasfondo compartido es posible identificar países que han sido más activos en promover el debate, legislar e instituir políticas públicas sobre la materia. Otros, simplemente, han dado señales simbólicas al definir un nuevo tipo penal que no ha sido acompañado por campañas educativas y desarrollos en los ámbitos institucionales para procesar los reclamos que siguieron a la tipificación. Por otra parte, el rol desempeñado por los tribunales en la región en general es bastante marginal y son incipientes los desarrollos jurisprudenciales que discuten casos de acoso sexual.

Los extractos de legislación de sanción reciente y el caso que se incluye a continuación plantean algunos de los interrogantes que se presentan a la hora de regular y diseñar herramientas jurídicas para reclamar frente al acoso sexual. Éstas son algunas referencias a los valores en juego en las nuevas normativas:

Artículo 2° del Código de trabajo de Chile

Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.⁹⁹

Artículo 1° de la Ley contra el hostigamiento o el acoso de Costa Rica

Principios regentes

Esta Ley se basa en los principios constitucionales del respeto por la libertad y la vida humana, el derecho al trabajo y el principio de igualdad ante la ley, los cuales obligan al Estado a condenar la discriminación por razón del sexo y a establecer políticas para eliminar la discriminación contra la mujer, según la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra

⁹⁸ Vittorio Di Martino, "Violence at the Workplace: the Global Challenge", disponible en <http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/violence/violwk/violwk.htm>; y Chappell, Duncan y Di Martino, Vittorio, *Violence at Work*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1998 (cita información revelada en el *1996 International Crime (Victim) Survey*, encuesta del Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia. Síntesis en español disponible en http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Press_releases/lang-es/WCMS_008502/index.htm

⁹⁹ Redacción conforme a la modificación introducida por la ley de Acoso sexual N° 2005 de Chile, marzo de 2005.

la mujer, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Artículo 2

Objetivo

El objetivo de la presente Ley es prohibir y sancionar el acoso u hostigamiento sexual como práctica discriminatoria por razón del sexo, contra la dignidad de la mujer y del hombre en las relaciones laborales y de docencia.

Artículo 4 de la Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual N° 27942 de Perú (febrero de 2003)

Concepto

El hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad así como sus derechos fundamentales.

Artículo 1° de la ley 1010 de Colombia

Objeto de la ley y bienes protegidos por ella

La presente ley tiene por objeto definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.

La legislación uruguaya en su decreto 37/97 reglamentario de la Ley de igualdad de oportunidades en el empleo de ese país establece también que el acoso sexual es “una forma grave de discriminación en el empleo”.

Un proyecto reciente en Argentina con miras a reformar el Código penal y clarificar así el tipo inclusivo del acoso sexual aprobado en el Senado argentino en el 2005, afirma en su exposición de motivos que:

No obstante las consecuencias que el acoso puede acarrear en el plano civil, administrativo y laboral, para enfrentar y reprimir el acoso sexual consideramos conveniente incorporarlo además, como tipo al Código penal. El efecto disuasorio de la amenaza de castigo penal puede contribuir a la disminución de los hechos, teniendo en cuenta particularmente el nivel de mayor responsabilidad que, por su jerarquía en la relación laboral, docente o de otra índole, ostentan quienes cometen el ilícito. Si bien el acoso es una forma del delito de coacción, contemplarlo especialmente favorecerá los efectos preventivos señalados anteriormente. Además, es conveniente establecer

una escala penal más flexible que la prevista en el artículo 149 bis segundo párrafo del Código penal para la coacción, a fin de sancionar más adecuadamente las distintas hipótesis que se presenten.

El proyecto prevé la sanción penal de quien, valiéndose de una situación de superioridad jerárquica, laboral o docente, reclama favores sexuales para sí o para un tercero bajo la amenaza de perjudicarlo en el ámbito de dicha relación para el caso de no acceder. Como se advierte en el derecho comparado, es razonable establecer con amplitud la previsión respecto de toda relación jerárquica, no sólo laboral, como son por ejemplo las que existen en las organizaciones deportivas o sociales, sino también en el ámbito docente respecto del acoso que puede ejercer, por ejemplo, una autoridad del establecimiento o un maestro o profesor sobre sus alumnos. Por cierto, el tipo penal que proyectamos no requiere el éxito del acosador, de manera que la negativa de la víctima no es óbice para que se configure el delito.

Este proyecto se diferencia del abuso sexual coactivo o intimidatorio en función de una relación de dependencia, autoridad o poder prevista en el art. 119 del Código penal, pues en estos últimos casos el autor aprovecha la situación de poder y efectúa actos corporales o tocamientos de naturaleza sexual. En el acoso, en cambio, el delito se consuma con la sola amenaza del autor, con independencia de que la víctima acceda o no al requerimiento que se le formula. Ahora bien, a fin de armonizar la escala penal de delito que aquí se proyecta con el abuso sexual simple, proponemos aumentar levemente el máximo de la pena fijada para este último.

Por su parte, en el 2005, Chile sancionó su nueva legislación laboral para abordar el acoso sexual. Además de la tipificación del acoso mencionada más arriba, la ley 20005 establece para la investigación y sanción del acoso sexual:

Artículo 211-A

En caso de acoso sexual, la persona afectada deberá hacer llegar su reclamo por escrito a la dirección de la empresa, establecimiento o servicio o a la respectiva Inspección del Trabajo.

Artículo 211-B

Recibida la denuncia, el empleador deberá adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados, tales como la separación de los espacios físicos o la redistribución del tiempo de jornada, considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo.

En caso que la denuncia sea realizada ante la Inspección del Trabajo, ésta sugerirá a la brevedad la adopción de aquellas medidas al empleador.

Artículo 211-C

El empleador dispondrá la realización de una investigación interna de los hechos o, en el plazo de cinco días, remitirá los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva.

En cualquier caso, la investigación deberá concluirse en el plazo de treinta días. Si se optare por una investigación interna, ésta deberá constar por escrito, ser llevada en estricta reserva, garantizando que ambas partes sean oídas y puedan fundamentar sus dichos, y las conclusiones deberán enviarse a la Inspección del Trabajo respectiva.

Artículo 211-D

Las conclusiones de la investigación realizada por la Inspección del Trabajo o las observaciones de ésta a aquélla practicada en forma interna, serán puestas en conocimiento del empleador, el denunciante y el denunciado.

Artículo 211-E

En conformidad al mérito del informe, el empleador deberá, dentro de los siguientes quince días, contados desde la recepción del mismo, disponer y aplicar las medidas o sanciones que correspondan.¹⁰⁰

La jurisprudencia de la región también ha comenzado a abordar con frecuencia problemas de acoso sexual. A continuación veremos una sentencia argentina en la que una sala de la Cámara Nacional del Trabajo estimó que las conductas de hostigamiento sexual por parte de dos trabajadores hacia una empleada constituían conductas discriminatorias en razón del sexo y violatorias de la dignidad.

Cámara Nacional del Trabajo, Buenos Aires, Argentina

Sentencia 88311. Causa 6443/2004

E. V. P. contra Bandeira S.A. sobre despido

Problemas jurídicos

¿Qué circunstancias fácticas definen un caso de acoso sexual por ambiente hostil?
¿Cuáles son los fundamentos de la obligación de indemnizar una situación de acoso sexual? ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad de un empleador frente al acoso sexual causado por un empleado? ¿Cómo y con qué alcance debe repararse el daño producido por el acoso sexual?

¹⁰⁰ Fuente: Diario Oficial del 18 de marzo de 2005. La ley 20005 está disponible, completa, en <http://www.consejonacionaldeseguridaddechile.cl/>.

Hechos

La señorita Eliana trabajaba desde 1998 en la empresa Bandeira S.A.,¹⁰¹ dedicada a la prestación del servicio de kiosco y comedor en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. De acuerdo con los testimonios aportados, además de los cambios de categoría laboral, Eliana fue objeto de sanciones disciplinarias injustificadas por parte del gerente general, y del encargado de compras y de personal. Finalmente, Bandeira S.A. despidió a Eliana, justificando el despido en los incumplimientos y sanciones recibidas. Según las declaraciones de varias compañeras de Eliana, mientras duró la relación laboral los jefes la humillaban de modo sistemático y también a las testigos con gestos, conductas y dichos de carácter sexual.

Decisión

La Cámara identifica las conductas que dan lugar a una de las formas de acoso sexual: el acoso sexual por ambiente hostil. El tribunal consideró, además, que el acoso sexual es una práctica discriminatoria en razón del sexo y ratificó la condena de la empresa empleadora a pagar una indemnización por despido discriminatorio ante el acoso sexual ambiental sufrido por la empleada. Al hacerlo, la Cámara definió el acoso sexual como una conducta ilícita y discriminatoria y revocó la sentencia de primera instancia que había considerado que la indemnización se debía hacer frente al acoso moral.

Extractos

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo hizo lugar al reclamo de Eliana, y estimó que

[s]i bien estos elementos de juicio permitirían concluir que en el caso existió acoso moral, pues tales actos provocaban en la accionante una continua y creciente aflicción y parecían tener por finalidad hacer insostenible la continuidad de la relación laboral, coincido con la parte actora en que se ha configurado un supuesto de acoso sexual, aquel que parte de la doctrina denominada “ambiental”, pues ha quedado acreditado en autos que la actora fue víctima de la conducta de quienes eran sus superiores, José Arango y Diego Affre, pues éstos de modo sistemático realizaban comentarios o protagonizaban situaciones de claro contenido sexual totalmente importunos que eran rechazados por la actora, con la finalidad o el efecto de coartar sin razón la actuación laboral de la accionante o de crear un entorno de trabajo ofensivo, hostil, de intimidación o de abuso (Husbands, “Análisis internacional de

¹⁰¹ Su trabajo era de jornada completa. Además del acoso, en el juicio se consideró demostrado que Bandeira S.A.: (a) había registrado incorrectamente la fecha de la incorporación de Eliana a la empresa, (b) que le pagaba una parte del sueldo “en negro” o no registraba los pagos legalmente, y (c) que los recibos la reconocían como trabajadora “*part time*” cuando trabajaba la jornada completa y aún más.

las leyes que sancionan el acoso sexual”, *Revista Internacional del Trabajo*, 1993, vol. 112, N° 1, p. 115, citado por Julio Martínez Vivot en *Acoso sexual en las relaciones laborales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, pp. 22-23).

Asimismo, la Cámara estimó que “la gravedad y reiteración de tales conductas así como la idoneidad de éstas para afectar la dignidad de la trabajadora en su esfera más íntima”, permitía afirmar que

[...] en el caso ha existido acoso sexual dado que los sujetos activos, los nombrados Arango y Affre, eran quienes ejercían funciones jerárquicas en el lugar de trabajo y justamente su proceder es una muestra del poder que está ínsito en los cargos que desempeñaban y a la vez de la desigualdad habida entre ellos y la actora pues por ser ésta una empleada dependiente estaba sometida al asedio y hostigamiento de los nombrados, pese a que las conductas y actitudes de aquéllos eran reprobadas por la accionante así como por el conjunto de las empleadas.

Por lo tanto, la Cámara ordenó la modificación del fallo de primera instancia para tener por configurada la existencia de acoso sexual hacia Eliana.

Cuestiones a debatir

Primera cuestión a debatir: discriminación por sexo: sexualidad/ desexualización/heteropatriarcado

Explicar una práctica compleja como el acoso sexual no es sencillo. Sin embargo, para diseñar y evaluar las herramientas jurídicas disponibles es crucial caracterizar el fenómeno. Las feministas estadounidenses, y luego las de otras latitudes, han ofrecido en los últimos treinta años diversas explicaciones sobre el acoso sexual. Éstas han ido recibiendo la aceptación de los tribunales y la legislación de varios países. Algunas de las ideas en juego son:

El paradigma de la discriminación y la igualdad en los debates del feminismo anglosajón

Dada la influencia que los desarrollos teóricos y jurisprudenciales estadounidenses tuvieron en las reformas jurídicas del resto del mundo, es útil revisar algunas de las explicaciones sobre acoso sexual esgrimidas en los debates de las feministas estadounidenses.

Las primeras ideas: el modelo sexual

El primer reconocimiento del acoso sexual como una práctica violatoria del Título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 en los Estados Unidos data de

mediados de la década del setenta, cuando los tribunales¹⁰² aceptaron que los casos de acoso sexual de varones a mujeres eran una práctica discriminatoria en razón del sexo. Pero el Título VII no contenía ninguna referencia expresa al acoso sexual, y no había antecedentes legislativos que permitieran orientar las nuevas interpretaciones judiciales. Las contribuciones teóricas de feministas como Catharine MacKinnon ayudaron a desarrollar la definición jurisprudencial del acoso sexual como conducta discriminatoria motivada en el sexo.

En su litigio en representación de víctimas de acoso, y en una obra considerada hoy seminal, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*,¹⁰³ MacKinnon presentó sus argumentos en apoyo de la conceptualización del acoso sexual como una forma de discriminación contra las mujeres.¹⁰⁴ Es decir, para ella el acoso sexual funciona en un sistema de rela-

¹⁰² La decisión en el caso *Barnes v. Train* (1974) es identificada como el primer caso de acoso sexual en los Estados Unidos, aunque allí no se utilice la expresión “acoso sexual”. En 1976, en el caso *Williams v. Saxbe*, se definió el acoso sexual como una forma de discriminación por sexo cuando los avances de un supervisor varón sobre una empleada fueron considerados barreras artificiales impuestas a un género pero no al otro.

¹⁰³ Catharine MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, Yale University Press, New Haven, 1979.

¹⁰⁴ En sus palabras, “las prácticas que expresan y refuerzan la desigualdad social de las mujeres frente a los hombres son casos claros de discriminación para el enfoque de la desigualdad” (*Ibid.*, p. 174). “[...] El acoso sexual es discriminación ‘en razón del sexo’ dentro del significado social del sexo, porque el concepto está encarnado socialmente en los roles sexuales. Estos roles rígidos son omnipresentes y ‘aceptados’, y no desempeñan ninguna función en la asignación de recursos sociales y económicos [...]” (*Ibid.*, p. 178). “[...] El acoso sexual perpetúa la estructura interrelacionada mediante la cual las mujeres han permanecido esclavizadas por los hombres y en el último peldaño del mercado de trabajo. Dos fuerzas de la sociedad americana convergen en este punto: el control de los hombres sobre la sexualidad de las mujeres y el control del capital sobre la vida laboral de sus empleados. Históricamente se les ha exigido a las mujeres que intercambien sus servicios sexuales, de una u otra forma, para sobrevivir desde el punto de vista material. La prostitución y el matrimonio, al igual que el acoso sexual, son los diferentes medios de institucionalización de este acuerdo [...]” (*Ibid.*, pp. 174-175). “[...] El ataque sexual, como se lo experimenta durante el acoso sexual, no es tanto un acto común de deseo sexual dirigido hacia la persona equivocada sino más bien una expresión de la dominación relacionada con el desprecio impersonal, el hábito de obtener lo que se quiere, y la percepción (usualmente correcta) de que la situación puede ser explotada con seguridad de esa manera —todo ello expresado sexualmente—. Es la dominación erotizada [...]”. “[...] Las relaciones de trabajo son paralelas a las relaciones domésticas tradicionales entre esposos y esposas [...] de modo tal que [...] el trabajo de las mujeres fuera del hogar tiende a monetizar los roles y las tareas que las mujeres realizan tradicionalmente para los hombres en el hogar [...]”. “[...] El acoso sexual de las mujeres puede ocurrir porque las mujeres ocupan posiciones de trabajo y roles laborales inferiores; y al mismo tiempo, el acoso sexual funciona para mantener a las mujeres en esas posiciones. El acoso sexual, por lo tanto, utiliza y contribuye a crear el estatus estructuralmente inferior de las mujeres” (*Ibid.*, p. 162). Traducción de las autoras.

ciones sociales en las que la fuerza de trabajo se organiza siguiendo roles de género que reproducen la desigualdad sexual característica de las relaciones matrimoniales. El acoso sexual es experimentado por las mujeres como grupo y no es un conjunto de anécdotas aisladas en la vida de algunas. Pero además de la versión del acoso sexual como discriminación por sexo hasta aquí descrita, MacKinnon proveyó una serie de argumentos más convencionales para apoyar la misma conclusión legal desde lo que ella denominó “el enfoque de la diferencia”. En sus palabras,

[...] la pregunta central que plantea el enfoque de la diferencia es: ¿cómo puedes demostrar que esto sucedió porque uno es una mujer, en lugar de haberle ocurrido a una persona, que además es mujer? La respuesta básica [...] es: un hombre en su lugar no sería, o no hubiera sido, tratado así.¹⁰⁵

Este último conjunto de argumentos fue el que contribuyó a dar forma a la recepción jurisprudencial del acoso sexual como una práctica discriminatoria en razón del sexo.

Una segunda generación de visiones sobre el acoso sexual: desexualización y heteropatriarcado

Las ideas de MacKinnon, pero más especialmente la dogmática de la antidiscriminación elaborada por los tribunales y la Corte Suprema estadounidenses en la interpretación del acoso sexual como una forma de discriminación en razón del sexo, representaron un avance sin precedentes en la conformación del derecho como instrumento de cambio en la realidad laboral de las mujeres. Sin embargo, la conceptualización del acoso sexual subyacente a las sentencias de la primera década de recepción pronto resultó insuficiente para explicar y confrontar una práctica que se transformaba a la par de los desarrollos jurisprudenciales. En efecto, las primeras explicaciones sobre el acoso sexual y su recepción en los tribunales asumían el acoso sexual como una práctica social relativamente inmutable en la historia de la humanidad y presente en una diversidad de relaciones económicas heterosexuales que con pocas diferencias habían permanecido constantes tanto en las relaciones amos-esclavas como en el contexto más moderno de los vínculos empleadores-empleadas. Según Reva Siegel, el derecho de la antidiscriminación por sexo en la década del setenta describía la práctica del acoso sexual como la actuación del “deseo”, mientras que las críticas feministas lo caracterizaban como un problema de “poder” presente en todo el orden social. Ambos enfoques compartían una visión del acosador

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 192. Traducción de las autoras.

como el que se aprovecha de su autoridad y de sus recursos para asegurarse el acceso sexual a mujeres a las que de otra forma no accedería.¹⁰⁶ No obstante, la concepción jurisprudencial de la discriminación por sexo fallaba en proveer “una visión sistemática del orden social sostenido por la ‘discriminación’ sobre la base de características fisiológicas inmutables (como la raza o el sexo)”.¹⁰⁷

Las profundas transformaciones experimentadas a partir de la misma década del setenta en la segregación vertical y horizontal por sexo de la fuerza de trabajo femenina no tardaron en reconfigurar el escenario de las prácticas de acoso sexual, exponiendo la insuficiencia del paradigma argumentativo de la primera época. A su vez, su inadecuación fue aún más patente cuando la política de la identidad sexual entró en juego, y, como consecuencia de ello, aparecieron los reclamos de víctimas acosadas por personas de su mismo sexo.

Surgieron así nuevas propuestas para explicar el acoso sexual. Entre ellas, la de Vicki Schultz, quien en *Reconceptualizing Sexual Harassment*¹⁰⁸ defiende las ventajas de reemplazar el “modelo sexual” del acoso típico de la primera época —conceptualizado a partir de la identificación de la explotación sexual con la discriminación sexual—, por el “modelo de la competencia”. Este modelo, según la autora, además de explicar mejor el fenómeno del acoso sexual hacia las mujeres en ámbitos de trabajo no tradicionales o con predominancia masculina, permite subsanar los problemas de “sub-inclusión” del modelo sexual así: las conductas no sexuales también pueden generar el acoso sexual por ambiente hostil, y se incluyen los casos de acoso de un subordinado hacia su jefa, e incluso aquéllos entre personas del mismo sexo. El modelo que Schultz denomina “de la competencia” reduciría también los problemas de “sobre-inclusión” del modelo sexual, pues evitaría que los tribunales y las empresas caractericen ciertas formas benignas de expresión sexual como variantes de acoso por ambiente laboral hostil, consecuencia no deseada del modelo sexual.

En su trabajo más reciente, Schultz intenta mostrar cómo la regulación del acoso sexual, tal como fue prevista por reformistas feministas e implementada por muchos gerentes de recursos humanos, se ha transformado en una importante justificación para el proyecto neo-taylorista de suprimir la sexualidad y la intimidad en el lugar de trabajo.

¹⁰⁶ Reva B. Siegel, en Catharine A. MacKinnon y Reva B. Siegel, *Directions in Sexual Harassment Law*, op. cit., p. 19.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 18.

¹⁰⁸ Vicki Schultz, “Una explicación alternativa del acoso por un ambiente laboral hostil: un paradigma basado en la competencia”, en R. Gargarella, *Derecho y grupos desventajados*, op. cit., pp. 103-136.

Para ser claros, ahora, las políticas relativas al acoso sexual incentivan y legitiman a la dirigencia empresaria para controlar y disciplinar un comportamiento sexual relativamente inofensivo, sin siquiera indagar sobre si dicho comportamiento socava la igualdad de género en el trabajo.¹⁰⁹

Otras autoras, como Katherine Franke, han señalado diversas limitaciones de las primeras concepciones del acoso sexual, como por ejemplo el fracaso para dar soluciones consistentes al problema de acoso entre personas del mismo sexo. Las teorías más aceptadas sobre acoso sexual, según Franke, consideran que éste es una forma de discriminación por sexo. Ofrecen tres tipos de argumentos:

(1) el principio de la igualdad: la conducta no hubiera sido llevada a cabo si no fuera por el sexo del demandante; (2) el principio anti-sexo: la conducta fue discriminatoria precisamente porque fue sexual; y (3) el principio anti-subordinación: la conducta produjo la subordinación de las mujeres a los hombres.¹¹⁰

Para Franke, a la hora de explicar el acoso entre personas del mismo sexo, los tres principios fracasan. Fracasa en particular el paradigma del principio anti-sexo y el principio anti-subordinación —defendido en la obra de feministas como MacKinnon, según Franke—,¹¹¹ pues el “impulso por colapsar el sexismo

¹⁰⁹ Vicki Schultz, “Un lugar de trabajo higienizado”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 7, 2005, p. 102.

¹¹⁰ Katherine Franke, “What’s Wrong with Sexual Harassment”, *49 Stanford Law Review*, 1997, p. 691.

¹¹¹ “De acuerdo con la teoría que desarrollo [...], el acoso sexual hacia una mujer de parte de un hombre es una instancia de sexismo precisamente porque el acto corporiza estereotipos de género fundamentales: los hombres como conquistadores sexuales y las mujeres como sexualmente conquistadas, los hombres como sujetos sexuales masculinos y las mujeres como objetos sexuales femeninos [...]. El acoso sexual es una tecnología del sexismo. Es una práctica disciplinadora que inscribe, hace exigible, y controla las identidades tanto del acosador como de la víctima de acuerdo a un sistema de normas de género que define a las mujeres como objetos femeninos, (hetero)sexuales, y a los hombres como sujetos (hetero)sexuales masculinos. En mi explicación, el acoso sexual —entre dos personas cualesquiera de cualquier sexo— es una forma de discriminación sexual cuando refleja o perpetúa estereotipos de género en el ámbito de trabajo. Sugiero una reconceptualización del acoso sexual como acoso de género. Entendido de esta forma, el acoso sexual es una forma de diseminación por sexo no porque la conducta no hubiera sido realizada si la víctima hubiera tenido otro sexo, no porque es sexual, y no porque los hombres se lo hacen a las mujeres, sino precisamente porque es la tecnología del sexismo. Es decir, perpetúa, torna exigible, y controla un conjunto de normas de género que buscan feminizar a las mujeres y masculinizar a los varones [...] De forma similar, el acoso sexual opera como un instrumento para el control de normas de género tradicionales en el contexto del acoso entre personas del mismo sexo cuando un hombre que fracasa en vivir a la altura de las normas sociales de masculinidad es castigado por sus compañeros de trabajo con medios sexuales”. *Ibid.*, pp. 691, 693 y 696.

con el sexo” reduce la sexualidad femenina a una victimización pasiva, a algo que los hombres hacen a las mujeres, y omite el reconocimiento del proceso opresivo de creación y refuerzo de los roles de género que surgen del acoso sexual.¹¹²

Segunda cuestión a debatir: discriminación versus dignidad

Dignidad, libertad, privacidad, intimidad e igualdad en debates de otras regiones

Las conceptualizaciones feministas sobre el acoso sexual en algunos países de Europa o en Israel han desplazado la centralidad de las explicaciones del acoso como forma de discriminación en razón del sexo para proponer legislaciones que giran en torno a otros valores como la dignidad, la libertad o la igualdad —diferenciada del principio de no discriminación—. En este sentido, lo explica Orit Kamir,¹¹³ la coalición de feministas, legisladores y juristas que desarrolló la nueva legislación de Israel¹¹⁴ se preocupó especialmente por combinar el modelo estadounidense de la discriminación en razón del sexo con otros valores. Así, la Ley para la prevención del acoso sexual, de 1998, en Israel, tiene como objeto “prohibir el acoso sexual para proteger la dignidad humana, la libertad y la privacidad, y la promoción de la igualdad entre los sexos”. En esa línea, las notas oficiales explicativas de la ley acentúan este aspecto ideológico al condenar el acoso sexual como “un fenómeno social extendido que produce daños a muchos, y a las mujeres en particular” y, que entre otras, “humilla a sus víctimas, las degrada, e invade su privacidad; socava el derecho de las víctimas a la autodeterminación, a su autonomía, y al control sobre su persona y sexualidad”.¹¹⁵

La legislación en Francia, por su parte, prioriza una visión del acoso sexual desvinculada del concepto de discriminación. En las reformas al Código penal francés, aprobadas en 1992, el acoso sexual aparece regulado en la sección “Violencia sexual distinta de la violación”. En “el derecho penal francés —según Abigail Sagyi— los acosadores —y no sus empleadores— son condenados por acoso sexual, porque son ellos quienes abusan individualmente de su autoridad

¹¹² *Ibid.*, p. 696.

¹¹³ Orit Kamir, “Dignity, Respect and Equality in Israel’s Sexual Harassment Law”, en C. MacKinnon y R. Siegel, *Directions in Sexual Harassment Law*, *op. cit.*, p. 561.

¹¹⁴ La primera referencia al acoso sexual en la legislación israelí se remonta a 1988, y aparece en la Ley de igualdad de oportunidades en el empleo, que criminalizaba el acoso sexual en su modalidad *quid pro quo*. Sin embargo, un número muy escaso de denuncias había sido presentado conforme a esta Ley, y sólo un caso había alcanzado resonancia. O. Kamir, “Dignity, Respect and Equality in Israel’s Sexual Harassment Law”, *op. cit.* p. 562.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 569.

para requerir ‘favores sexuales’ de una persona bajo su mando”.¹¹⁶ Sustenta su conclusión con la idea de que “el delito de acoso sexual no parece ser discriminatorio porque existe independientemente del sexo de la víctima o el del perpetrador. En la realidad, está mucho más cerca de la violencia sexual”.¹¹⁷ Por lo tanto, “el acoso sexual es legalmente categorizado en primer lugar como un ataque individual desviado que resulta física, psicológica o moralmente dañino y que viola la libertad de la víctima, en lugar de como una forma de discriminación de grupo”.¹¹⁸ Por su parte, el modelo alemán y el de la Unión Europea, hasta las nuevas directivas del año 2000, se centran en una concepción de la dignidad de la persona.

Tercera cuestión a debatir: definiciones y tipificación del acoso sexual

Definir legalmente el acoso sexual es una tarea compleja y las legislaciones y la jurisprudencia latinoamericanas han optado por diversas formas a la hora de determinar las conductas a tipificar. Para empezar, las divergencias saltan a la vista en la definición del problema: se utilizan expresiones diversas como hostigamiento, abuso o asedio, que se incorporan o se distinguen del concepto de acoso sexual para marcar diferencias en el abordaje de la cuestión. Sin embargo, a pesar de la diversidad, en general las definiciones adoptadas en la región suelen contener tres tipos de requisitos: (a) una conducta de carácter sexual, (b) una conducta no bienvenida o no deseada, y (c) una afectación en el empleo de la persona acosada. A la hora de fijar el alcance de estos elementos, las opciones son variadas. A continuación algunas opciones posibles, y ejemplos de las disidencias que se observan al comparar legislaciones que definen el acoso sexual:

(a) *El requisito de la jerarquía.* Muchos países definen el acoso sexual como el que ocurre entre personas que tienen distintas jerarquías laborales; el acosador, frente a la víctima, está siempre en una posición superior o de dominación. Esta tipificación de las conductas que pueden configurar acoso se denomina acoso sexual vertical. Otros ordenamientos rechazan el requisito de verticalidad; al

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 604 -606.

¹¹⁷ Sylvie Cromer, “Histoire d’une loi: La pénalisation du harcèlement sexuel dans le nouveau code pénal”, *Projets féministes* 1, 1992, p. 108, citado en Abigail C. Saguy, “French and American Lawyers Define Sexual Harrassment”, en C. MacKinnon y R. Siegel, *Directions in Sexual Harassment Law*, *op. cit.*, p. 606.

¹¹⁸ Según Abigail Saguy, la legislación penal se complementa en Francia con las normas del Código laboral, que prohíben la represalia de los trabajadores víctimas de acoso sexual en el trabajo, y otras dos leyes que prevén —pero no ordenan— la posibilidad de que los empleadores tomen medidas disciplinarias frente al acoso sexual y les exigen que éste sea incluido en la reglamentación interna de los ámbitos de trabajo.

hacerlo incorporan la regulación del “acoso sexual horizontal”, e incluso el que ejerce un acosador ubicado en un escalafón inferior contra una víctima de jerarquía laboral superior.

(b) *El sexo del autor y la víctima.* En general, las referencias de las legislaciones al sexo del autor o a la víctima del acoso son neutras: es aceptado que, no obstante la gran mayoría de víctimas de acoso sexual son mujeres, la protección debe alcanzar a varones y mujeres por igual. Sin embargo, los tribunales han sido más reticentes a aceptar que el acoso sexual se pueda presentar entre personas del mismo sexo.

(c) *La caracterización del favor sexual.* Según la perspectiva de cada sistema jurídico frente al debate de las causas y modalidades del acoso sexual revisado más arriba, surgirán las divergencias en la forma de definir el tipo de conducta que permitirá caracterizar una práctica como “acoso sexual” y diferenciarla así del mero “acoso”, que suele definirse como acoso moral o como formas de “violencia laboral”, y que está presente en todos los ámbitos del trabajo. Aquí la discusión debe tener en cuenta, entonces, si se penaliza el acoso sexual, por ejemplo, como un mecanismo que propicia (a) la vulneración de la dignidad de las personas independientemente del sexo del acosador y de la víctima, (b) la discriminación entre los sexos que se construye sobre la dominación sexual de uno hacia el otro, o (c) la preservación de espacios masculinos contra la embestida de las mujeres o de personas con preferencias sexuales que rechazan las imposiciones del modelo heterosexual. Según como se ubiquen las propuestas legislativas frente a este debate, habrá diferencias en la definición del favor sexual como un requisito más o menos central para la configuración del acoso. Así, mientras unas legislaciones sólo se refieren a la exigencia de intercambios de “favores sexuales”, otras aluden más ampliamente a “conductas de carácter o connotación sexual” que “pueden ser físic[a], verbales, escrit[a]s o de similar naturaleza”.¹¹⁹

Tipos de acoso sexual

Los ordenamientos jurídicos y los desarrollos jurisprudenciales reconocen, en general, dos modalidades de acoso sexual. La primera, conocida como acoso sexual *quid pro quo* o por chantaje, es aquélla en la cual un contacto o favor sexual es requerido a cambio de una oferta de empleo o de una mejora en las condiciones laborales. Ésta es la versión clásica del acoso sexual y, para muchas feministas, la que el modelo conceptual de autoras como Catharine MacKinnon explica mejor. El segundo tipo de acoso sexual es el que se conoce como “acoso sexual por ambiente hostil”, y surge cuando existen conductas de carácter

¹¹⁹ Es el caso del artículo 5 de la Ley de hostigamiento sexual del Perú.

sexual que crean un ambiente de trabajo “intimidatorio, hostil, u ofensivo”,¹²⁰ interfiriendo así con el trabajo de una persona. Las propuestas de Vicki Schultz y Catherine Franke, introducidas arriba, son las mejores herramientas para capturar las especificidades de este último tipo.

Cuarta cuestión a debatir: estrategias para abordar el acoso sexual

La problemática del acoso sexual debe ser abordada desde el plano de las políticas públicas y las instituciones privadas. Se suele afirmar que se requieren políticas que contemplen estrategias educativas y laborales para prevenirlo y para generar condiciones de igualdad entre varones y mujeres en el empleo.¹²¹ También es frecuente que se acepte la necesidad de generar mecanismos para procesar y sancionar los casos que no se evitaron previamente. Las recientes reformas legales implementadas en algunos países de la región, o aún en debate, dan cuenta de la diversidad de estrategias disponibles.

Los ordenamientos latinoamericanos han optado en sus recientes reformas legales por diferentes alternativas regulatorias. En algunos países se ha puesto a disposición de las víctimas herramientas entre las que cabe citar: (a) normas administrativas que prevén sanciones disciplinarias para el acoso sexual en el empleo público;¹²² (b) normas laborales y civiles que establecen procedimientos específicos y remedios ad hoc, como indemnizaciones agravadas¹²³ o la recontratación de la trabajadora acosada; y (c) normas penales que tipifican el acoso como un delito en particular.¹²⁴ En algunos otros países de la región no existen regulaciones específicas y las víctimas de acoso sexual tienen a su disposición, según surge de la escasa jurisprudencia en la materia, las normas constitucionales y de derechos humanos, por un lado, y las herramientas genéricas del derecho laboral, que prevén violaciones a la regulación del contrato de trabajo, bien por despido discriminatorio, bien por daños específicos contemplados en la legislación civil. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, además, cuando la conducta del acosador se encuadra en la definición de delitos como la coacción, o en formas de violencia sexual tipificadas penalmente, las víctimas cuentan también con el recurso de la denuncia penal. Más reciente-

¹²⁰ Según la definición de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Meritor Savings Bank v. Vinson* citado supra.

¹²¹ “La lucha contra el acoso sexual en el trabajo”, OIT, Ginebra, 1994. Disponible en http://www.mtas.es/insht/information/otros/ct_007.htm.

¹²² Es el caso de Argentina, por ejemplo.

¹²³ En este sentido, Costa Rica, Perú y Chile reformaron recientemente sus legislaciones.

¹²⁴ Ejemplos de la opción criminalizadora son los de Brasil, Ecuador, Honduras, México D.F., Venezuela y República Dominicana.

mente, algunos países¹²⁵ han optado por incluir el acoso sexual en las nuevas leyes de violencia laboral: desde esta perspectiva el acoso sexual sería sólo una de las formas que adopta la violencia en el ámbito de trabajo. Finalmente, es importante señalar que en muchas de las legislaciones conviven aspectos de los distintos modelos regulatorios.

Puesto que la gran mayoría de las legislaciones latinoamericanas reconoce la importancia del derecho internacional, éste también se ha convertido en fuente de instrumentos jurídicos tradicionales y de disposiciones más modernas para tipificar y reclamar frente al acoso sexual en la región. Por un lado, se encuentran las normas que definen conceptos como el de libertad y dignidad humana, y prohíben la discriminación en los tratados de derechos humanos de los sistemas universal y americano de protección de derechos humanos y las decisiones de sus órganos de monitoreo.¹²⁶ Por otro lado está la producción en la materia de la Organización Internacional del Trabajo, que en varios documentos que tienen vigencia en la región ha ofrecido recomendaciones y pautas interpretativas para enfrentar el acoso sexual.¹²⁷

Preguntas

1. Una primera gran distinción entre las caracterizaciones feministas del acoso se puede establecer entre quienes lo conciben como un problema de discriminación por sexo y quienes lo abordan como una práctica que violenta la dignidad de las personas. Esta distinción suele coincidir con las diferencias en los argumentos que imperan en Estados Unidos y en el debate europeo. ¿Cuál de estas dos caracterizaciones le parece que explica mejor el fenómeno del acoso sexual? ¿Es posible que ambas tengan la misma capacidad para caracterizar la experiencia de una mujer o un ser humano acosado sexualmente? ¿A qué atribuye las diferencias en las explicaciones?

2. Al confrontar los modelos estadounidense y alemán-europeo hasta las directivas del año 2000, Baer afirma:

¹²⁵ Es el caso de Colombia (2006) y de algunas jurisdicciones provinciales de la Argentina.

¹²⁶ Recomendación General 19. Artículo 11 de la CEDAW/1992/L.1/Add.15. Ver, asimismo, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres A/RES/48/104 (1994), la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Declaración y la Plataforma de Acción. A/CONF.177/20(1995). Para. 73, 163 y 180.

¹²⁷ Ver, por ejemplo, Secretaría Confederada de la Mujer de CC.OO., “Guía sindical para abordar el acoso sexual en el trabajo”, OIT, Madrid, marzo de 2003. Disponible en www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/gestion/accsindi/ac_sex.htm.

Los detalles doctrinales revelan que, en síntesis, el enfoque basado en la dignidad [...] tiende a la conducta individualizada, privilegia la perspectiva del perpetrador, conceptualiza a los seres humanos como sujetos autónomos sin considerar las jerarquías sociales que operan en la cuestión, e ignora la función de la sexualidad en la discriminación por género. Un enfoque basado sistemáticamente en la igualdad, en contraste, reconocerá el daño de la discriminación en su contexto social, acepta[rá] la sexualización como un medio de discriminación por sexo, y utiliza[rá] un estándar objetivo pero sensible a la víctima en lugar de seguir el punto de vista del perpetrador.¹²⁸

Analice estas afirmaciones a la luz de las críticas que hacen Schultz y Franke al modelo sexual del acoso expuesto por MacKinnon.

3. MacKinnon, Schultz y Franke exponen sus disidencias en el contexto de una tradición jurisprudencial que define el acoso sexual como una forma de discriminación por sexo. Las autoras ofrecen, a su turno, lo que consideran una mejor conceptualización/reconceptualización del acoso como discriminación por sexo. ¿Cuál de estas caracterizaciones le parece más acertada?

4. ¿Es posible combinar explicaciones en términos de discriminación por sexo con ideas centradas en la dignidad y la libertad de las personas? ¿Es mejor la estrategia argumentativa centrada en la dignidad, en la medida en que se presenta como una idea neutral frente al sexo de acosadores y víctimas? ¿O enfrentamos más bien paradigmas argumentales excluyentes? Véase, en ese sentido, la fundamentación de la legislación de Costa Rica o la definición del acoso sexual de la ley peruana. Contraste los argumentos de la legislación costarricense con la chilena y con las citas del tribunal argentino.

5. En un intento por explicar las diferentes experiencias de argumentación de Alemania y Estados Unidos, Baer afirma:

En los Estados Unidos, el derecho contra el acoso sexual fue luchado por mujeres que se veían a sí mismas como objetivos de la discriminación, violadas no sólo en sus derechos a la integridad física y psicológica, sino como mujeres y por su género. Como una cultura del *common law*, el sistema estadounidense favorece la versión del desarrollo jurídico en la cual la doctrina es moldeada en los tribunales. En Europa y en Alemania, el derecho contra el acoso sexual se desarrolló de otra manera. Fue legislado por cuerpos de gobierno, la Comisión en Europa, y el gobierno federal en Alemania.

¹²⁸ Susanne Baer, "Dignity or Equality? Responses to Sexual Harassment in European, German and U.S. Law", en C. MacKinnon y R. Siegel, *Directions in Sexual Harassment Law*, op. cit., p. 593.

Las leyes europeas fueron defendidas por mujeres también, pero en un proceso legislativo es probable que las demandas feministas sean más diluidas frente a declaraciones neutrales frente al sexo. En los cuerpos legislativos, no es usual que sea la mujer víctima del acoso la que defiende la legislación, mientras que en los tribunales, son exactamente esas mujeres las que le dan forma a la comprensión legal del acoso sexual. La legislación debe establecer la cuestión con más seguridad, pero es la jurisprudencia la que toma forma más cerca de las realidades.¹²⁹

¿En qué medida las afirmaciones de Baer le parecen extrapolables a la experiencia latinoamericana? ¿Es posible que las diferencias entre la forma de producción de derecho del *common law*, más particularista, y la del *civil law*, más genérica, se vean reflejadas en estrategias de argumentación que priorizan la discriminación sobre la dignidad o viceversa? La comparación del discurso “neutral” de la ley chilena y el extracto de la sentencia argentina parecieran apoyar la hipótesis de Baer. Pero, ¿cómo se explica la norma uruguaya? ¿Es posible aventurar alguna relación entre la neutralidad del lenguaje de la ley chilena frente al sexo y el hecho de que la producción parlamentaria deba ser negociada mayoritariamente con varones que rechazan los argumentos en términos de discriminación sexual?

6. En la sentencia argentina transcrita, el tribunal de primera instancia consideró que se trataba de una situación de acoso moral. ¿Está de acuerdo la Cámara con esta caracterización del problema de la demandante? ¿Qué distinciones establece el tribunal entre el acoso moral y el acoso sexual? ¿Por qué puede ser relevante distinguir una situación de acoso moral de una de acoso sexual?

7. ¿Cuáles son las normas del derecho argentino aplicadas al caso? ¿Establecen estas normas una definición específica del acoso sexual? ¿Qué requisitos de la conducta de los demandados observa el tribunal para considerar configurada una situación de acoso sexual? Reconstruya la definición del acoso sexual implícita en la sentencia. ¿Qué normas del sistema jurídico argentino cita el tribunal para enmarcar su definición del acoso sexual? ¿Cuán específicas son estas normas respecto de la definición del acoso sexual? ¿De qué norma o antecedente jurídico toma el tribunal su definición del acoso sexual?

8. ¿Cuál es el concepto de daño que tiene el tribunal? ¿Exige la Cámara la existencia de una relación jerárquica entre acosador y acosada? ¿Hay algún requerimiento de carácter sexual respecto de la conducta de los acosadores? ¿Cuáles son las acciones que configuran el carácter sexual de los actos de los acosadores en este caso?

¹²⁹ *Ibid.*, p. 595.

9. Evalúe los estándares de prueba aplicados en la sentencia para dar por probados cada uno de los requisitos que el tribunal analizó para definir el acoso sexual. En particular, observe la consideración del requisito de que las conductas de los acosadores no fueran bienvenidas o deseadas por parte de la demandante. Éste ha sido uno de los aspectos más controvertidos respecto de su prueba en la jurisprudencia de otros países. ¿Cuál es su opinión sobre la forma en la que el tribunal aborda la cuestión? ¿Cómo demostró Eliana que las conductas de sus jefes no eran bienvenidas? ¿Hubiera sido suficiente un simple comentario o manifestación de rechazo, o se requiere una conducta más activa? ¿Si Eliana hubiera mantenido una relación sentimental con alguno de sus acosadores durante algún tiempo, y las conductas estudiadas por el tribunal hubieran ocurrido luego de la terminación de esa relación, esa situación previa habría alterado en algún sentido la decisión del tribunal?

10. La legislación chilena y el proyecto sancionado por el Senado, y pendiente de aprobación en la Cámara de Diputados argentina, reflejan dos opciones regulatorias distintas: la elección entre la respuesta laboral, por un lado, y la penal por el otro. El modelo chileno ofrece además un ejemplo procedimental alternativo al recurso inmediato al poder Judicial, al estipular un trámite en las instituciones públicas y privadas y luego un reclamo en la sede administrativa en la Dirección del Trabajo. Compare el modelo chileno y la propuesta argentina. ¿Qué ventajas y desventajas encuentra en ambas alternativas desde el punto de vista procedimental? ¿Cómo podría funcionar la prueba del acoso sexual en el modelo que prioriza la alternativa penal? ¿Qué beneficios puede tener la regulación de un procedimiento administrativo previo a la judicialización?

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA DESPROTECCIÓN DEL TRABAJO EN EL EMPLEO DOMÉSTICO

Una proporción importante de mujeres latinoamericanas se ocupa en la prestación de servicios domésticos como la limpieza, el cuidado de niños o adultos, o la cocina.¹³⁰ En general estas mujeres reciben salarios magros y sus condiciones de trabajo son, a menudo, precarias e informales. El trabajo en el servicio doméstico recibe, en la mayoría de las legislaciones de la región, un tratamiento excepcional, con estándares muy inferiores a la protección del “trabajo” en general. Las trabajadoras del servicio doméstico suelen quedar excluidas de la aplicación de regulaciones protectoras que comprenden beneficios como la limitación de la

¹³⁰ Ver, al respecto, el informe de la CEPAL citado más arriba: “El aporte de las mujeres a la igualdad en América Latina y el Caribe”, disponible en www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/29399/prologo_introduccion.pdf.

extensión de la jornada laborable, las vacaciones pagas, las licencias por enfermedad o los permisos maternales. En ocasiones, el régimen de indemnización en el caso de despido sin causa prevé una reducción del monto a indemnizar.¹³¹ En los casos del servicio doméstico sin retiro o de “puertas adentro”, la jornada de trabajo suele ser particularmente extensa; por su prolongación y la ausencia de períodos de descanso mínimos, raya en formas de esclavitud. Más aún, algunas legislaciones equiparan el trabajo en el servicio doméstico sin retiro a ciertas formas legales de servidumbre, cuando autorizan la paga con el solo alojamiento y la alimentación de la empleada. En otros ordenamientos jurídicos, la diferencia de estándares de protección se evidencia en la aceptación de un ámbito jurisdiccional distinto al judicial con estándares también más flexibles e informales.¹³² Por otra parte, es usual que este tipo de trabajo lo desempeñen inmigrantes indocumentadas o mujeres de minorías étnicas.¹³³

Los extractos de la siguiente sentencia de la Corte Constitucional colombiana reflejan la discusión planteada ante el tribunal. Se cuestiona el trato diferencial dispensado a los trabajadores del servicio doméstico respecto de ciertas protecciones del trabajo.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-372 de 1998

Problema jurídico

¿Es constitucional la dispensa de un trato específico para los empleados del servicio doméstico en las normas 162 y 267 del estatuto laboral colombiano?

Hechos

Se presenta una demanda en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, y se solicita que sean declarados inexecutable varios artículos del estatuto laboral colombiano:

Artículo 162: Quedan excluidos de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores: a) Los que desempeñen cargos de dirección, de confianza o de manejo, b) Los del servicio doméstico, ya se trate de labores en los centros urbanos o en el campo, c) Los que ejerciten actividades discontinuas o intermitentes y los de simple vigilancia, cuando residan en el lugar o sitio de trabajo.

¹³¹ Así lo prevé la regulación del trabajo en el servicio doméstico en Argentina.

¹³² Es el caso, por ejemplo, de los tribunales del servicio doméstico en Buenos Aires y México.

¹³³ Ver al respecto el estudio de la CEPAL citado más arriba: “El aporte de las mujeres a la igualdad en América Latina y el Caribe”, disponible en www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/29399/prologo_introduccion.pdf.

Decisión

La Corte considera inexecutable los artículos demandados.

Extractos

[...]

En lo referente al artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, que determina las exclusiones de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo, el actor demanda los literales relativos a los trabajadores que desempeñan cargos de dirección, de confianza o de manejo y a los del servicio doméstico, ya se trate de labores en centros urbanos o en el campo.

Contrario a lo planteado por el Procurador, la Corte considera que el actor presentó un cargo consistente en que

[...] la preceptiva demandada consagra una discriminación en contra de los trabajadores exceptuados y a la vez les desconoce el derecho a laborar en condiciones dignas y justas, ya que, a juicio del actor, el empleador debe pagarles su “especialidad” y si no lo hace quebranta el principio a trabajo igual salario igual, así como el derecho a la igualdad de oportunidades, “respecto a los demás trabajadores”.

Dentro de su análisis, cita jurisprudencia anterior en la que se ha estimado que “la protección al trabajo establecida por mandato del artículo 25 constitucional, incluye la fijación de jornadas máximas, dentro de las cuales los trabajadores presten los servicios propios de la relación laboral y estén sometidos a las órdenes del patrono” (sentencia C-024-1998), por lo que, adicionalmente es claro que debe haber un descanso que es un derecho y que tiene como fines, entre otros, permitirle al trabajador “recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona” (Sentencia C-710-1996).

Aclara empero, que según la naturaleza de ciertas actividades, es necesario para un empleador que determinados trabajadores tengan una mayor disponibilidad, sin perjuicio del derecho al descanso. Esta posibilidad es siempre vista como excepcional y, volviendo a citar fallos anteriores hace énfasis en que “la presencia del trabajador en días y horas distintos a los de la jornada normal no deben quedar al capricho del empleador, sino que han de venir previamente definidas en la ley y obedecer a circunstancias objetivas y razonables”.

Centrando su análisis en los dos supuestos objeto de estudio, como son por un lado los denominados empleados de dirección, confianza y manejo, precisa la Corte que

[...] revisten de una especial importancia en cualquier organización, resultando esenciales al cabal desarrollo de sus actividades, a la preservación de sus intereses fundamentales y a la realización concreta de sus fines. Por lo tanto, la consagración de estas actividades como una excepción a la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo se inscribe dentro de la facultad que asiste al legislador para definir situaciones específicas en las que se justifique solicitarle al trabajador una disponibilidad diferente, toda vez que la responsabilidad aneja a actividades de esta índole es de mayor entidad que la originada en funciones corrientes.

Fundamenta su argumento en un fallo de la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de julio 23 de 1959) que si bien es bajo el orden de la Constitución anterior, considera pertinente para ilustrar su actual posición, ya que precisa qué actividad implica el desempeño de un cargo de “dirección, confianza o manejo”, concluyendo que “debe estudiarse en cada caso la respectiva relación de trabajo, en función de los intereses y necesidades fundamentales de cada empresa, cuestión que corresponde al juzgador pues el derecho del trabajo no abandona a la voluntad de los particulares la fijación de sus conceptos”. Al finalizar el punto con este análisis, la Corte Constitucional desestima el cargo formulado en este aspecto.

Por otro lado, en lo referente al servicio doméstico, la opinión de la Corte comienza (sic) [por] reconocer que la excepción a la jornada máxima fue considerada tal por el legislador de entonces, al tener en cuenta las diferencias entre la familia y una empresa corriente, ya que por las características particulares relativas a las actividades familiares, la disponibilidad horaria difícilmente puede ser asimilada a otros ámbitos del trabajo económico y social.

Hace aquí una importante aclaración el colegiado, ya que en la sentencia C-051 de 1995, había estimado que “por las características propias de esta modalidad de trabajo” es “razonable la disposición del literal b) del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, que excluye de la regulación sobre jornada máxima legal a los trabajadores del servicio doméstico”. Pero ahora precisa que “si bien es cierto que la familia tiene características singulares que no la asimilan a un patrono corriente, la Corte estima pertinente conciliar la protección que la Constitución brinda al núcleo familiar con las condiciones dignas y justas en que, de conformidad con la misma Carta Política, debe desarrollarse la actividad doméstica”.

En este orden de ideas, a juicio de la Corte,

[...] una jornada laboral excesiva contradice los principios de la dignidad humana y las condiciones justas en que han de cumplirse las tareas domésticas, tornándose indispensable fijar un límite al período de trabajo que exceda de la jornada máxima ordinaria, límite por fuera del cual se quebrantarían las garantías mínimas del trabajador.

Sólo en las anteriores condiciones la norma acusada puede ser exequible, de modo que aun cuando sea posible la exigencia de laborar durante un período de tiempo superior a la jornada máxima fijada legalmente, para la Corte lo razonable es que, en ningún caso, los trabajadores del servicio doméstico laboren más de 10 horas diarias, y en el evento de que se requiera el servicio más allá de tal límite, procederá entonces, el reconocimiento y pago de horas extras, en los términos de la legislación laboral.

A pesar de que la reflexión apunta a declarar la inexecutable del literal B del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, por una cuestión de conveniencia, la Corte estima que condicionarlo en ciertos términos específicos, es la alternativa más razonable, ya que “si llegara a declararse la inexecutable, bajo estrictas condiciones de solidaridad y dignidad del trabajador, no hay duda acerca de que ello tendría un efecto perverso, generando desempleo y, eventualmente, la desaparición del trabajo doméstico”.

Los términos en los que se condiciona la executable de la norma son, por un lado el máximo de diez horas diarias como ya se mencionó que “en lo que toca con los trabajadores del servicio doméstico que no viven con el patrono en forma permanente, la Corte estima que para ellos rigen las normas ordinarias en materia de garantías salariales y prestaciones sociales”.

Y por el otro, en lo referente al descanso compensatorio, la mayor disponibilidad no puede de ninguna manera renunciar a este beneficio.

Por lo expuesto, la Corte declara inexecutable la frase “sin derecho al descanso compensatorio” del artículo 182.

Salvamento de voto

El magistrado José Gregorio Hernández Galindo salva su voto en el punto específico de la jornada laboral del servicio doméstico; porque a pesar de estar de acuerdo con la filosofía que inspira la sentencia, cree que cuando

[...] la Constitución Política reconoce expresamente la dignidad de la persona humana (arts. 1 y 5); proclama la igualdad y proscribida toda clase de discriminaciones (art. 13 C.P.); prohíbe toda forma de esclavitud o de servidumbre (art. 17 C.P.); establece la garantía de protección especial para todas las modalidades del trabajo (art. 25 C.P.); consagra como derecho fundamental el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25 C.P.); estipula como fundamento básico del ordenamiento en materia laboral y como derecho mínimo de los trabajadores el que tienen al descanso necesario (art. 53 C.P.); y declara sin rodeos que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (art. 53 C.P.).

No puede excluir de estos principios una norma legal en la que todo un sector de trabajadores “está excluido de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo, lo cual implica que estará expuesto de manera ‘lícita’ a que se le exija laborar en forma continua durante veinticuatro horas al día”; considerándola entonces totalmente inconstitucional.

Su salvamento de voto va dirigido entonces a la “condicionalidad de exequibilidad” impuesta por la mayoría del colegiado, ya que, en su entender, la sentencia, a pesar de reconocer en la parte motiva del fallo que el límite al período de trabajo que exceda la jornada máxima ordinaria “quebranta las garantías mínimas del trabajador”, por un supuesto tema de conveniencia, lo mantiene como exequible. Conveniencia que, para el entender del magistrado Hernández es

[...] ajena a la función de defensa de la Carta que a esta Corporación corresponde. [...] Además de la falta de argumentos para sostener ese peculiar fundamento de la exequibilidad, me parece preocupante que la Corte no busque realizar el principio constitucional de la solidaridad ni la dignidad del trabajador “bajo estrictas condiciones”. Debería hacerlo así: no olvidemos que el trabajo, la solidaridad de las personas que integran el conglomerado sujeto al orden jurídico y la dignidad de la persona humana son fundamentos del Estado social de derecho y del sistema que la Constitución instaure, como con claridad lo proclama su artículo primero.

Finaliza el salvamento de voto con la opinión de que la sentencia es contradictoria ya que, por una parte:

[...] declara la exequibilidad del precepto que excluye al aludido sector de trabajadores de la jornada máxima laboral, pero a renglón seguido la condiciona “en el sentido de que los trabajadores domésticos que residan en la casa del patrono no podrán tener una jornada superior a 10 horas diarias”.

Cuestiones a debatir

La lógica estructurante de las relaciones con las prestadoras del servicio doméstico se suele describir como la lógica de un intercambio social, “la de un ajuste flexible entre las expectativas y las aportaciones recíprocas, basado en un sentimiento de confianza mutua, más desarrollado cuanto más prevalece la personalización de las relaciones sobre las condiciones estipuladas por el contrato social”.¹³⁴

¹³⁴ Michel Lallement, “Familia y empleos de servicio”, en Margaret Maurani, Chantal Rogera,

También es usual identificar el conflicto entre mujeres de diversa clase que se patentiza en este tipo de contrataciones. En ese sentido, feministas y críticos de la regulación del empleo doméstico han señalado las complejidades del abordaje de este tipo de trabajo. Se preguntan si estos empleos no

[...] se nutren tal vez de una remultiplicación de las desigualdades sociales y de unas diferenciaciones salariales que estaríamos autorizados a discutir? ¿Vender una parte del propio tiempo a otra persona no presupone acaso, en efecto, que ésta tenga la oportunidad de obtener gracias al ejercicio de otra actividad, una remuneración más elevada, en lugar de realizar personalmente dicho servicio?¹³⁵

No todas las feministas coinciden en la crítica a todo tipo de servicio doméstico. Algunas proponen diferenciar las formas de contratación del servicio doméstico y contemplar el hecho de que no todas las relaciones que de éstas surgen implican formas de explotación de una clase de mujeres hacia otra, o requieren de la dispensa de estándares inferiores de protección. Es importante tomar en cuenta las diferencias que existen en las prácticas de contratación y formas de trato del personal doméstico, ya que los datos sociológicos dan cuenta de que tanto para las trabajadoras como para las familias o personas individuales que contratan los servicios domésticos, cuando se respetan los estándares tradicionales de protección del trabajo, se trata de formas dignas de trabajo, e incluso para algunas mujeres, entre ellas las inmigrantes, estas ocupaciones pueden ser mecanismos efectivos de inclusión.¹³⁶ Este grupo de feministas promueve la regulación del trabajo en el servicio doméstico con los mismos estándares de protección del trabajo en general y proponen la eliminación de todas las cláusulas y regulaciones que fomentan el trato específico de las trabajadoras del servicio doméstico.

Por último, las feministas también han hecho notar que las condiciones de aislamiento del trabajo en el servicio doméstico dificultan la acción colectiva para el reclamo de derechos laborales y la exigibilidad de las normas aplicables. La exigibilidad se dificulta aún más cuando las trabajadoras son migrantes sin documentos.¹³⁷

Teresa Torres, comps., *Las nuevas fronteras de la desigualdad: hombres y mujeres en el mercado de trabajo*, Icaria, Barcelona, 2004, p. 237.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 243.

¹³⁶ M. Lallement, "Familia y empleos de servicio", *op. cit.*, p. 245.

¹³⁷ Ver, en general, Peggy R. Smith, "Regulating Paid Household Work: Class, Gender, Race and Agendas of Reform", *American University Law Review* 48, 1999, p. 851.

Preguntas

1. Identifique los argumentos que brinda la Corte colombiana para fundar la inexequibilidad de los artículos referidos al servicio doméstico. ¿Se refiere la Corte a las desigualdades de género implícitas en el debate sobre el servicio doméstico? ¿Entre las razones dadas por la Corte para fundar su decisión, encuentra algún argumento que se pueda calificar como feminista? ¿Qué opina de los argumentos de la Corte sobre las diferencias entre los empleadores familiares y las empresas?

2. ¿Puede identificar algún argumento feminista para justificar una decisión contraria a la que toma la Corte colombiana? ¿Cuál sería?

3. ¿Qué mecanismos de supervisión podrían velar por el respeto de las normas que exigen trato igualitario en ciertas condiciones de trabajo en el servicio doméstico?

C. TERCER PROBLEMA: LOS MÚLTIPLES MECANISMOS DE LA DOMINACIÓN. EL TRABAJO DE LAS MUJERES MIGRANTES

La pauperización extrema de las condiciones de trabajo y el desconocimiento de los derechos laborales más básicos es una manifestación de las formas de explotación que se registran actualmente en el ámbito del empleo. En ocasiones estas situaciones de explotación se agudizan ante la presencia de trabajadores migrantes, cuya condición de extrema vulnerabilidad y frecuente ilegalidad favorecen la explotación —las víctimas de ese trato no cuentan con recursos o instancias que les permita presentar la debida denuncia—. ¹³⁸

Los trabajadores migrantes en América Latina son, en general, objeto de múltiples discriminaciones. La precariedad es una característica importante, aunque la realidad y las experiencias varían significativamente de país a país. ¹³⁹ De acuerdo con datos de las Naciones Unidas, en el año 2005 vivían aproximadamente 6.600.000 migrantes internacionales en América Latina, el 1,2% de la población de los países de la región; el 50,3% son mujeres. ¹⁴⁰ Entre 1965 y 1990, según datos publicados por la División de Población de las Naciones

¹³⁸ La trata de seres humanos es un fenómeno que afecta principalmente a mujeres y niños y que desemboca en las peores formas de trabajo infantil y explotación. Ver “La hora de la igualdad en el trabajo”, OIT, Ginebra, 2003 (párrafos 267 y siguientes).

¹³⁹ Ver Alejandro Grimson y Elizabeth Jelin, comps., *Migraciones regionales hacia la Argentina. Diferencia, desigualdad y derechos*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2006.

¹⁴⁰ Ver “World Migrant Stock: The 2005 Revision Population Database”, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 2005. Disponible en <http://esa.un.org/migration/index.asp?panel=1>.

Unidas, obtenidos por medio de censos demográficos que incluyen migrantes documentados e indocumentados, en la mayor parte del mundo la población de trabajadoras migrantes aumentó más rápidamente que la de los migrantes varones. El porcentaje de mujeres migrantes superó el de los hombres en los principales países de destino, ya sea industrializados o en vías de desarrollo.¹⁴¹ Sin embargo, dado que las áreas de la economía y del empleo donde se concentra la contratación legal de migrantes son aquéllas tradicionalmente vinculadas con la ocupación masculina, este estudio concluye que las posibilidades de las mujeres de migrar legalmente a los países receptores de mano de obra extranjera son bajas.

La feminización de las corrientes migratorias se ha convertido en sinónimo de precarización. Las trabajadoras migrantes no sólo son más vulnerables a la discriminación, la explotación, el abuso y la violencia que los trabajadores migrantes, sino que también lo son en mayor proporción que las mujeres locales del país receptor.¹⁴²

Esta vulnerabilidad ha sido abordada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en 1990 aprobó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias.¹⁴³ La Convención define al “trabajador migrante” como toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.¹⁴⁴ A partir de preocupaciones similares, el Programa

¹⁴¹ Ver Gloria Moreno Fontes Chammartin, “Feminización de la migración”, Programa de Migraciones Internacionales, OIT, Ginebra. Disponible en www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actrav/publ/129/7.pdf.

¹⁴² De acuerdo con el estudio de la OIT citado en la nota anterior, “[...] muchas de las jóvenes trabajadoras o niñas que acaban siendo objeto de distintas formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, pertenecen indudablemente a la categoría de víctimas de trata de personas. Entre las distintas formas de explotación de que son objeto estas mujeres, jóvenes o niñas, cabe mencionar el trabajo en el sector de la construcción, en pequeños comercios, la pesca, la fabricación de calzado, el trabajo agrícola en plantaciones y el trabajo doméstico. Sin embargo, la mayoría de las víctimas de la trata son llevadas a otros países o lugares distantes con el fin de ser sometidas a la explotación sexual”. *Ibid.*, p. 50.

¹⁴³ Aprobada el 18 de diciembre de 1990 mediante la resolución 45/158, y pendiente de ratificación por el número de países necesarios para su entrada en vigencia.

¹⁴⁴ En términos generales, la Convención reconoce los siguientes derechos vinculados con el empleo: Artículo 25. 1. Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de: a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y las prácticas nacionales, estén comprendidas en este término; b) Otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a

de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, indicó que:

Los desequilibrios económicos internacionales, la pobreza y la degradación del medio ambiente, combinados con la falta de paz y seguridad, las violaciones de los derechos humanos y los distintos grados de desarrollo de las instituciones judiciales y democráticas son todos factores que afectan las migraciones internacionales. Si bien la mayoría de las migraciones internacionales se produce entre países vecinos, ha ido en aumento la migración interregional, especialmente hacia los países desarrollados.¹⁴⁵

En esta sección se presentan dos casos resueltos por los tribunales de justicia de países de la región en los que se analiza la vinculación entre los derechos laborales y la situación de los migrantes de distinto estrato social. En el primer caso, resuelto por la sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, se analiza la facultad de un Estado de establecer condiciones de contratación discriminatorias entre nacionales y extranjeros. En el caso de la republica Argentina, por el contrario, el análisis de la aplicación de las normas laborales se refiere al caso de trabajadores migrantes indocumentados. Finalmente, la opinión consultiva solicitada por México a la Corte Interamericana de Derechos Humanos da cuenta de la trascendencia que tiene para la región la situación de los migrantes indocumentados y el eventual reconocimiento de sus derechos.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica
Sala Constitucional¹⁴⁶
19 de mayo de 1993

Problema jurídico

¿Es discriminatoria la norma que limita el ejercicio del notariado en Costa Rica a los nacionales del país?

la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo. 2. No será legal menoscabar en los contratos privados de empleo el principio de igualdad de trato que se menciona en el párrafo 1 del presente artículo. 3. Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades.

¹⁴⁵ Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, Informe de la Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo, celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A. 10.1.

¹⁴⁶ Voto 02093-1993, expediente 2486-92, 19 de mayo de 1993.

Hechos

Una ciudadana extranjera promovió una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley Orgánica del Notariado que, para el ejercicio de esa profesión exige, entre otros requisitos, ser costarricense.

Decisión

La Corte resolvió declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, pues suponía una discriminación irrazonable en perjuicio de los extranjeros al violar su derecho a la igualdad y al trabajo.

Extractos

[...]

En esta acción se discute en el fondo si la distinción que hizo el legislador, contenida en el artículo 3° de la Ley Orgánica de Notariado, es razonable, o si por el contrario es discriminatoria y por ende inconstitucional. El texto de la norma dice:

Para optar el título de Notario se necesita ser costarricense por nacimiento o por naturalización pero de origen centroamericano y en este último caso graduado mediante examen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica; del Estado seglar, mayor de edad, abogado de los Tribunales de la República, notoriamente conocido, de conducta y antecedentes honrados, y no tener motivo legal de incapacidad para el ejercicio del cargo. Los naturalizados deberán acreditar, además, que en su país de origen se concede reciprocidad.

[...]

Nuestra Constitución Política reconoce la igualdad entre nacionales y extranjeros, en cuanto a deberes y derechos, “con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen”. Dentro de las excepciones de constitucionalidad están, a manera de ejemplo, la prohibición de intervenir en los asuntos políticos del país (art. 19) y la de ocupar ciertos cargos públicos (arts. 108 para diputados, 115 para el presidente de la Asamblea Legislativa, 131 para presidente y vicepresidente de la República, 142 para los ministros, y 159 para los magistrados). Como excepciones a este principio, pero de rango legal, existen muchas más como las que regulan y restringen la entrada y salida de extranjeros y las contenidas en la legislación laboral para garantizar a los costarricenses el acceso al trabajo con prioridad en determinadas circunstancias (art. 13 Código de trabajo). Sobre este tema, la Sala ha señalado ya que la frase “con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establezcan” no contiene una autorización ilimitada, sino que permite al legislador establecer excepciones lógicas, derivadas de la naturaleza misma de la diferencia entre estas dos categorías —nacionales y extranjeros—, de tal forma que

no se pueden establecer diferencias que impliquen la desconstitucionalización del principio de igualdad. En lo que interesa dice el voto 1440-92 de las quince horas treinta minutos del dos de junio del año pasado:

Tampoco viola la norma cuestionada lo dispuesto en el artículo 33 de nuestra Constitución, pues lo que establece el principio de igualdad es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría o grupo que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias, lo cual sólo puede hacerse con aplicación de criterios de razonabilidad. De esta forma, las únicas desigualdades inconstitucionales serán aquellas que sean arbitrarias, es decir, carentes de toda razonabilidad. No corresponde a los jueces juzgar el acierto o conveniencia de una determinada diferencia contenida en una norma, sino únicamente verificar si el criterio de discriminación es o no razonable, porque el juicio acerca de la razonabilidad es lo que nos permite decidir si una desigualdad viola o no la Constitución.

En el caso concreto tenemos que nuestra Constitución permite hacer diferencias entre nacionales y extranjeros [...] por supuesto que esas excepciones han de ser lógicas y derivadas de la naturaleza misma de la diferencia entre estas dos categorías, de tal forma que no se pueden establecer diferencias que impliquen la desconstitucionalización de la igualdad, como lo sería el decir en una ley que los extranjeros no tienen derecho a la vida, a la salud, o a un derecho fundamental, pues éstas serían irracionales. Las únicas posibles son [...] las que lógicamente deban hacerse por la natural diferencia que existe entre estas condiciones (nacionales y extranjeros) como lo es, a manera de ejemplo, la prohibición de intervenir en los asuntos políticos, del país.

[...]

Esta Sala ha admitido ya que la función notarial es pública, pero no hay fundamento alguno para entender que el ejercicio de funciones públicas es privativo de los costarricenses, y excluye la participación de extranjeros. La ley puede establecerlo así, pero el fundamento para proceder de ese modo debe ser manifiestamente lógico y razonable: no puede fundamentarse simplemente en que así lo quiere la ley. Es decir, la naturaleza de la función —pública o privada— no constituye sin más, a priori, una razón suficiente para normar un trato jurídico distinto, mucho menos cuando se alcanza a ver, como en el caso de los notarios, que el ejercicio de esa función, eminentemente técnica, todo lo que razonablemente exige es competencia técnica o profesional —lo cual lo prevé el requisito de que el notario ha de ser abogado, condición ésta que no excluye al extranjero —e idoneidad ética o moral— calidad que no sólo satisfacen los que ostentan una nacionalidad determinada—. Si el extranjero que tiene la calidad de abogado incorporado al respectivo Colegio, puede ejercer su profesión en Costa Rica, no hay razón suficiente, evidentemente, para explicar

por qué no ha de acceder a la función notarial. Si tal razón suficiente y evidente no existe, hay que presumir que la diferencia se base en la pura nacionalidad, lo cual es una discriminación contraria al principio de igualdad.

[...]

Al violarse el derecho a la igualdad en los términos expuestos, es lógico que por tratarse de una función laboral se afecte también el derecho al trabajo, porque éste debe comprenderse en armonía con el principio de igualdad, de tal forma que si no es legítima la excepción contenida en la norma, tampoco es legítima la limitación de trabajo que establece. Sólo sería válida la limitación a la libertad de trabajo, si existiera una norma racional que la impusiera, y como ya se explicó, la limitación contenida en el artículo 3° de la ley de notariado vigente no es legítima por no ser racional. Se declara con lugar la acción, por violación a los derechos de igualdad y de trabajo.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Argentina

Ricardo Hans O. Nauroth y Echeagaray y otra contra Nicolás O. D'Onofrio

7 de septiembre de 1973¹⁴⁷

Problema jurídico

¿Es válido el contrato de trabajo celebrado por una trabajadora extranjera que reside en el país en infracción de la ley de inmigración?

Antecedentes

Ante la existencia de jurisprudencia contradictoria de distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, se convoca a las salas a emitir un fallo plenario que unifique la posición sobre la pregunta jurídica planteada.

¹⁴⁷ Fallo del 7 de septiembre de 1973, publicado en DT 1973, 703. A la fecha de este fallo plenario regía en Argentina la ley 17294 que, en el artículo 1° disponía: “Los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el país y los que hubieren ingresado y permanezcan en calidad de residentes temporarios, no podrán desarrollar tareas o actividades remuneradas en todo el territorio de la República ya sea por cuenta propia o en relación de dependencia [...]”. Si bien esta ley no se encuentra vigente, la actual normativa sobre migraciones, ley 25871, contiene disposiciones de un alcance similar a lo resuelto en este fallo plenario: “Artículo 16. La adopción por el Estado de todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación laboral en el territorio nacional de inmigrantes en situación irregular, incluyendo la imposición de sanciones a los empleadores, no menoscabará los derechos de los trabajadores inmigrantes frente a sus empleadores en relación con su empleo”. “Artículo 55. [...] ninguna persona de existencia visible o ideal, pública o privada, podrá proporcionar trabajo u ocupación remunerada, con o sin relación de dependencia, a los extranjeros que residan irregularmente”. “Artículo 56. La aplicación de la presente ley no eximirá al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria; asimismo, en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros, como consecuencia de los trabajos ya realizados, cualquiera sea su condición migratoria”.

Decisión

Se resuelve que, aun cuando el contrato de trabajo haya sido celebrado con un ciudadano extranjero en violación de las normas de inmigración, el empleador no podrá beneficiarse de la ilicitud de la contratación sino que deberá pagar la retribución pactada por el trabajo cumplido.

Extractos

[...]

El contrato de trabajo celebrado por un inmigrante clandestino o temporario, respecto del cual no se dieron cumplimiento a las disposiciones de la ley 17294 debe ser considerado válido a los efectos de las disposiciones del derecho laboral, particularmente en materia salarial y de protección del despido injustificado, no pudiendo el empleado ampararse en la norma del artículo 1° de la citada ley (del dictamen del subprocurador del Trabajo).

[...]

No podemos de ningún modo cerrar los ojos a la realidad afirmando que el supuesto que nos ocupa, de trabajo de inmigrantes clandestinos, sea una excepción. Muchos cientos están en esas condiciones, cientos de trabajadores que se suman a los que de algún modo, desde los más variados ángulos, integran el montón heroico y anónimo que con su trabajo hacen algo eficiente o útil para el país y cuyos derechos emergentes de un contrato de trabajo no pueden serles retaceados o desconocidos, dejando a salvo, desde ya, las sanciones que puedan aplicárseles en la esfera administrativa —de policía migratoria— en salvaguardia del orden público interno y de nuestra soberanía.

Invalidar un contrato de este tipo [celebrado con un extranjero que reside en forma ilegal en el país], aparte de favorecer al dador de trabajo que es en tal supuesto el infractor de la ley, perjudica a quien desde el punto de vista económico es el más débil y permite a aquél escudarse en su propia torpeza (art. 929 Cód. civil y concordantes) o inexcusable ignorancia de sus obligaciones, prevaleciéndose así de su infracción para privar de los beneficios legales al que le prestó servicios. Habría en ello un enriquecimiento sin causa por parte del empleador y se volvería la ley contra sí misma, pues de este modo se estimularía a los empleadores a desoír sus dictados y beneficiarse —en contra de los trabajadores argentinos y de los extranjeros con residencia legal— con una mano de obra que resultaría, en definitiva, menos onerosa.

[...]

En mi opinión, si un empleador [que no cumple] con las disposiciones de la ley 17294, da trabajo a un extranjero que no acredita ante él su entrada legal al país y la habilitación para efectuar tareas remuneradas, ese contrato de trabajo ha de considerarse válido a los efectos de las disposiciones del derecho laboral, y surgen de él todos los efectos legales sin distinciones que por otra parte la ley no hace; es decir el

principal, en este caso, está obligado a abonar los salarios devengados por el trabajador por sus servicios y prestaciones complementarias y eventualmente, producido el despido no puede el empleador ampararse en la norma del art. 1° de la ley 17294, que él mismo violó, para considerar como justificado tal despido y liberarse así de la obligación de indemnizar que imponen las leyes generales.

Debo señalar, pues, que la existencia de nulidad, cuando se trata de violación de lo previsto en leyes de orden público, adquiere en el campo del derecho del trabajo peculiaridades que responden a los principios en que se sustenta, de los cuales es imposible excluir el de tutela y protección del trabajo humano subordinado.

La tutela y protección del trabajo, como expresiones de política social, no sólo juegan dentro del campo del derecho privado o individual, sino que es preciso contemplarlas dentro del campo administrativo y eventualmente del derecho colectivo, dentro de los cuales es pertinente advertir diferencias en el reconocimiento de derechos a los trabajadores extranjeros, cuando en ello está en tela de juicio el bienestar y seguridad de los nacionales, dentro de cuyo régimen se integran aquéllos en tanto se sometan sin reparos a las leyes de la República. Ello no resulta caprichoso, en tanto responde al orden necesario dentro del Estado y la jerarquía que cabe dotar a sus instituciones, las cuales conforman un criterio de justicia que cubre a todos en tanto se integran dentro de una comunidad jurídica y políticamente organizada.

De allí que siendo potestad de la autoridad referida, establecer las normas a las que deberán ajustarse las condiciones de admisibilidad de los residentes temporarios y los eventualmente ingresados ilegalmente, porque lo han hecho violando las leyes de la Nación, resulta obvio la adopción de medidas destinadas a impedir que se proceda a crear conflictos internos indiferentemente de su calidad y naturaleza por la presencia de esas personas que reclaman derechos que exceden a los que les han sido reconocidos en el primer caso, o que tras violar la ley, reclaman posteriormente su amparo en el segundo.

Además, no debo silenciar que dentro de la función que incumbe al Estado, como coordinador y control de la prestación laboral dependiente, cuya tutela jurídica es innegable, está la de resguardar la ocupación plena de los habitantes genuinos del país, y es entonces coherente que se prive de dicho beneficio a los que no cumplen los recaudos mínimos exigidos para el afincamiento definitivo.

Conforme lo establece la ley vigente, que motiva la convocatoria (art. 1° ley 17294), encuentro inequívoco que los extranjeros ingresados ilegalmente al país, o quienes lo hayan hecho permaneciendo como residentes temporarios, no pueden desarrollar tareas ni actividad remunerada, ya sea por cuenta propia o ajena, en todo el territorio nacional. Esa limitación importa, como es obvio, que el contrato de trabajo habido entre trabajadores sin radicación otorgada en legal forma y sus empleadores, deba calificarse “*contra legem*” y por lo tanto insusceptible de contar con efectos jurídicos en tanto se configura con él la obligación de prestar un servicio contrariando lo

ordenado por una ley de orden público (art. 21 Cód. civil), careciendo por lo tanto del amparo de las leyes que contemplan las relaciones concertadas entre quienes comprometen sus servicios ajustándose a las normas básicas que regulan el ejercicio de su actividad.

Por lo tanto, el contrato de trabajo realizado violando la ley no es pasible (sic) de tutela legal; pero sin embargo, los efectos de la nulidad emergentes de ésta no alcanzan a la integralidad de las prestaciones porque, siendo las emergentes de la relación laboral, de tracto sucesivo, y por lo tanto de ejecución continuada, la nulidad sólo es para el futuro y alcanza sólo a los créditos que tendrían vigencia posteriormente a la exteriorización de la nulidad del acto. Por eso debo considerar viable, incluso sobre la base del principio del enriquecimiento sin causa, que los salarios recibidos y las eventuales diferencias que podrían emerger, resultan créditos admisibles, porque también se encuentran amparados por el orden público y la tutela que cabe al trabajo humano subordinado, dada su conexidad con las contraprestaciones que realmente se hicieran entrega las partes en la relación, como consecuencia de su ejecución.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión consultiva OC-18/03

Problema jurídico

¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide *per se* el goce de tales derechos?

Hechos

El 10 de mayo de 2002, el Estado de los Estados Unidos Mexicanos solicitó la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la

[...] privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos [...].

Decisión

La Corte resolvió que la aplicación y vigencia de los derechos humanos, entre ellos los derechos de carácter laboral, no puede estar subordinada a la situación migratoria de una persona. Esa calidad migratoria no puede constituir una justificación para

privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere unos derechos como trabajador que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado donde ejerce ese empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales de los demás trabajadores del Estado, y éste debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

Extractos

[...]

Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

[...]

Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.

[...]

Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

[...]

Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea

razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.

[...]

La Corte considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.

[...]

Asimismo, la Corte ha indicado que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal.

[...]

Es menester hacer referencia a la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes frente a los trabajadores nacionales. Al respecto, el preámbulo de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares consideró “la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo”.

[...]

Hoy en día los derechos de los trabajadores migrantes “no han sido debidamente reconocidos en todas partes” e incluso los trabajadores indocumentados “son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y [...] para determinadas empresas [, lo cual] constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal”.

[...]

Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relacio-

nes laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

[...]

De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

[...]

Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular.

[...]

Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.

[...]

El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

[...]

En síntesis, las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas. En primer lugar, los Estados tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna. Además, los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a

los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación.

[...]

Más aún, hay casos en los cuales es el Estado el que directamente viola los derechos humanos de los trabajadores. Casos como el de la denegación del derecho a la pensión de un trabajador migrante que cotizó y cumplió con todo requisito exigido legalmente a los trabajadores, o como el de un trabajador que acude al órgano judicial correspondiente para reclamar sus derechos sin que éste le proporcione las debidas garantías ni protección judiciales.

[...]

En el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presentes el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal, según el cual “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

[...]

La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.

[...]

Por lo tanto, no es admisible que un Estado de empleo proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaliéndose de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente.

Cuestión a debatir: la vinculación entre el estatus de los migrantes, los derechos laborales y el género

Dos argumentos posibles vinculan el estatus de los migrantes con el reconocimiento y ejercicio de los derechos laborales. Por un lado, se argumenta a favor de la protección de la parte evidentemente más débil de la relación laboral —el trabajador indocumentado— y la necesidad de resguardar el pleno ejercicio de sus derechos laborales: lo contrario significaría beneficiar ilegítimamente a quien se sirvió del trabajo ajeno sin pagar una debida retribución. Esta posición se sustenta en los principios del derecho laboral, así como en las normas internacionales y constitucionales que establecen el derecho a la igualdad entre nacionales y extranjeros.

Por otra parte, se debate acerca de la forma en la que deben interactuar el derecho laboral y las normas migratorias, de modo que uno y otro no desnaturalicen los fines de cada cual. Si uno de los propósitos de las normas de inmigración es disminuir el ingreso y permanencia de personas en situación de ilegalidad, entonces se argumenta que permitir a un empleador burlar el contenido y las consecuencias de las normas laborales con trabajadores ilegales no hace sino promover la inmigración ilegal.¹⁴⁸

Las feministas han denunciado la larga invisibilidad de las extranjeras en el discurso científico y el debate público sobre la inmigración, tradicionalmente moldeados por la perspectiva del inmigrante varón.¹⁴⁹ Si bien los casos transcritos son argumentados en términos neutros frente al género del inmigrante, muestran en qué medida el debate sobre el estatus legal de los inmigrantes trabajadores refleja la invisibilización del fenómeno de las mujeres inmigrantes que reclaman las feministas. Por otra parte, estas discusiones son relevantes para la defensa de los derechos de las migrantes trabajadoras, a pesar de su pretendida neutralidad.¹⁵⁰

¹⁴⁸ En ese sentido, el National Labor Relations Board sugería que se otorgara la indemnización especial por despido al trabajador indocumentado, como un mecanismo efectivo para desalentar a los empleadores a contratar personas indocumentadas.

¹⁴⁹ Françoise Gaspard, “Invisibles, demonizadas, instrumentalizadas: las figuras de las inmigrantes y sus hijas”, en Margaret Maurani, Chantal Rogera, Teresa Torres, comps., *Las nuevas fronteras de la desigualdad: hombres y mujeres en el mercado de trabajo*, op. cit., p. 270.

¹⁵⁰ Sobre este tema en el contexto estadounidense, ver en general, Linda Nelly, “The Fantastic Adventure of Supermom and the Alien: Educating Immigration Policy on the Facts of Life”, *Connecticut Law Review* 31, 1999, p. 1045; Melanie Ryan, “Swept Under the Carpet: Lack of Legal Protection for Household Workers: A Call for Justice”, *Women’s Law Review* 20, 1999, p. 159; Debra Cohen-Whelan, “Protecting the Hand that Rocks the Cradle: Ensuring the Delivery of Work Related Benefits to Child Care Workers”, *Indiana Law Review* 32, 1999,

Preguntas

1. ¿Cuál es la relación entre la situación migratoria y la aplicación de la legislación laboral en general?

2. ¿Qué garantías deben contemplar las normas migratorias para que las posibilidades de reclamo de la aplicación de los derechos laborales sean reales? ¿Qué vinculación hay o debería haber con las normas sobre expulsión y deportación de personas que residan de manera ilegal?

3. Las sentencias y la opinión consultiva transcrita no hacen referencia al género como una categoría de relevancia para el análisis de la coordinación de la regulación migratoria y la protección de los trabajadores. ¿Considera que algún argumento feminista o alguna consideración sobre el género de los inmigrantes podría contribuir a mejorar los fundamentos de estos extractos? En caso afirmativo, ¿cuáles serían esos argumentos? ¿Cuáles serían las ventajas de introducir una perspectiva de género en los argumentos de estos casos?

4. En las referencias a las mujeres empleadas en el servicio doméstico es frecuente encontrar una presencia importante de mujeres migrantes. ¿Considera que los argumentos de las sentencias y la opinión consultiva transcrita serían aplicables sin inconvenientes al caso de las mujeres migrantes empleadas en el servicio doméstico? Como lo mostró la exposición del problema anterior, el empleo en el servicio doméstico suele caracterizarse por estándares regulativos diferenciados y de menos protección para las empleadas. ¿Estima que los argumentos que promueven un trato no discriminatorio entre empleados nacionales y migrantes serían aceptados para la defensa de una trabajadora migrante en el servicio doméstico?

5. ¿Considera que la integración de una perspectiva de género que dé cuenta de las diferencias entre migrantes de distinto sexo en las líneas argumentales de los extractos de sentencias y opinión consultiva transcritos podría perjudicar en algún sentido la defensa de los derechos de los inmigrantes como grupo?

p. 1187; Mary Romero, "Immigration, the Servant Problem, and the Legacy of the Domestic Labor Debate", *University of Miami Law Review* 53, 1999, p. 1045.

Capítulo tres FAMILIA

Isabel Cristina Jaramillo¹

LA FAMILIA NUCLEAR COMO IDEAL

La estrecha relación de la familia con los discursos dominantes sobre la sexualidad, la reproducción, la producción y la violencia la ha convertido en centro de múltiples debates feministas. El objeto de la crítica de las feministas del siglo XX ha sido la concepción, dominante desde el siglo XIX, de la familia nuclear como un “orden natural” que articula una sexualidad “natural” —la heterosexual y monógama—, una reproducción “natural” —la heterosexual y con la crianza a cargo de la madre—, una producción “natural” —por fuera del hogar y a cargo de los hombres—, y una disciplina “natural” —la de los hombres sobre las mujeres y los niños y de las mujeres sobre los niños—.

La familia como categoría de análisis, en efecto, puede incluir y ha incluido agrupaciones de muy diversos tipos; por esto afirmar que aparece en el siglo XIX puede no tener sentido en muchos contextos argumentativos. Sin embargo, las ideas sobre la familia y las prácticas dominantes hoy sí hunden sus raíces en debates particulares que se iniciaron en ese siglo y que aún tienen vigencia.²

El ideal de la familia nuclear que se consolidó en el siglo XIX enfatizó cuatro ideas. Primera: que la familia debía ser el lugar principal para el despliegue

¹ Profesora de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

² Ver Lawrence Stone, *The Family, Sex and Marriage in England, 1500-1850*, Harper, New York, 1979; Jacques Donzelot, *La policía de las familias*, Pre-Textos, Valencia, 1998; Philippe Ariès, *Centuries of Childhood*, Vintage Books, New York, 1962; Edward Shorter, *The Making of the Modern Family*, Basic Books, New York, 1977.

de la afectividad y la satisfacción de necesidades de este tipo. Esto implicó, de un lado, reforzar los elementos afectivos en el matrimonio y, de otro, centrar el afecto como ingrediente en la relación entre padres e hijos.³

Segunda: que las mujeres debían asumir la crianza de los niños y las labores hogareñas, dadas sus capacidades especiales para ello.⁴ Este rol de las mujeres se reforzó de diversas maneras: por una parte, resaltando la importancia de la lactancia en la nutrición de los menores y en la creación del vínculo afectivo entre madre e hijo;⁵ por otra, resaltando la sensibilidad de las mujeres y por tanto sus dones para dar a los hijos el amor necesario para su desarrollo; finalmente, resaltando las habilidades de las mujeres para la economía doméstica y la íntima conexión de ésta con un adecuado desarrollo de los hijos.

Tercera: que los hombres debían hacerse cargo tanto de la producción económica como de la política, esto es, ser los actores principales del mercado y el Estado. Este rol también se justificó a partir de cierta concepción de las cualidades especiales de los hombres.

Por último, y en íntima relación con las anteriores, que la familia debía pertenecer al espacio privado y, por lo tanto, que sus miembros debían resolver sus diferencias sin la intervención del Estado.

LAS CRÍTICAS FEMINISTAS A LA FAMILIA NUCLEAR

Desde distintos puntos de vista las feministas han revelado y cuestionado la manera en la que el derecho ha contribuido a producir y sostener a la familia como “orden natural”. Entre estos puntos de vista cabe resaltar el de las femi-

³ El afecto no es el elemento dominante en las narraciones sobre matrimonio y estirpe en otras agrupaciones que también podríamos llamar familiares. Entre los aristócratas de los siglos XVI y XVII, por ejemplo, el romance se entendía generalmente como algo que ocurría por fuera del matrimonio. Los hijos eran más claramente peones en estrategias políticas que objetos de intenso afecto. Lawrence Stone, *op. cit.* Para los demás, el afecto surgía principalmente en las relaciones de pares propias de las agrupaciones y cofradías. Edward Shorter, *The Making of the Modern Family, op. cit.*

⁴ Sobre la sentimentalización de las mujeres y su relación con la de la familia ver Susan Moller Okin, “Women and the Making of the Sentimental Family”, *11 Philosophical and Public Affairs* 1, 1982, y Ann Douglas, *The Feminization of American Culture*, Alfred A. Knopf, New York, 1977.

⁵ Ver Edward Shorter, *The Making of the Modern Family, op. cit.*, y Jacques Donzelot, *La policía de las familias, op. cit.* En ambos casos los autores resaltan tanto el miedo de la burguesía frente a las clases populares —en el modelo anterior las clases más favorecidas usaban a las menos favorecidas para la lactancia y el cuidado de los niños entre los 0 y los 7 años— y la acumulación de capital como factores que impulsaron y permitieron consolidar la idea de que las madres debían lactar y cuidar personalmente a sus hijos de 0 a 7 años.

nistas liberales, las feministas culturales, las feministas radicales, las feministas socialistas y las feministas críticas.

El feminismo liberal plantea que la regulación de la familia restringe la libertad, es discriminatoria y que esto perjudica a las mujeres. Por esto han reclamado tanto la liberalización del divorcio, como la igualdad formal en el derecho de familia —entre cónyuges y entre familias constituidas dentro de la institución del matrimonio o fuera de ella—. ⁶

El feminismo cultural, por su parte, cuestiona la jerarquía en la cual se ha ubicado a la familia, en oposición al mercado y al Estado. Al igual que el feminismo liberal, identifica una diferencia en el trato a las mujeres, pero no defiende una nivelación usando los parámetros existentes sino que busca el reconocimiento del altruismo que está en la base de la manera como las mujeres construyen la familia. ⁷ Para las feministas culturales ha sido crucial introducir en el lenguaje jurídico la “voz diferente” de las mujeres, tanto para tener en cuenta esa diferencia al decidir casos concretos, como para dar igual consideración a la maternidad como opción de vida. ⁸

Ahora bien, a pesar de que el feminismo liberal y el feminismo cultural han luchado por reformar el concepto de familia persistente y la manera en la que el derecho influye en su existencia, ninguno de ellos ha combatido la idea de que la familia sea la mejor alternativa para la organización de la sexualidad, la reproducción, la producción y la violencia. Este cuestionamiento ha estado en el centro de las demandas de feministas radicales y socialistas.

Las feministas radicales ven la familia como el mecanismo que materializa las imposiciones de monogamia y heterosexualidad, sobre las que se basa la expropiación de la sexualidad de las mujeres. ⁹ Argumentan que la idea de familia como espacio de privacidad, reforzada por el derecho, ha servido para

⁶ Ver, por ejemplo, Melba Arias Londoño, *Mujer, sexualidad y ley*, Divulgamos, Bogotá, 1988; Ligia Echeverri de Ferrufino, *La familia de hecho en Colombia*, Tercer Mundo, Bogotá, 1984; Marcela Huaita-Alegre, “Desigualdades de género en las consecuencias económico-financieras del divorcio”, en Alda Facio y Lorena Fries, eds., *Género y derecho*, Ediciones LOM, Santiago, 1999, pp. 487-539; Marcela Huaita-Alegre, “Derechos de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de la mujer e interés superior del niño o niña”, en A. Facio y L. Fries, eds., *Género y derecho*, op. cit., pp. 541-611.

⁷ El feminismo cultural se ha articulado principalmente alrededor de las ideas de Carol Gilligan. Ver Carol Gilligan, *In a Different Voice*, Harvard University Press, Cambridge, 1982.

⁸ Ver Robin West, *Género y teoría del derecho*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2000; Robin West, “The Difference in Women’s Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory”, *Wisconsin Women’s Law Journal*, vol. 3, 1987; Carrie Menkel-Meadow, “Portia in a Different Voice: Speculations on a Woman’s Lawyering Process”, *Berkeley Women’s Journal* 39, 1985.

⁹ Ver, por ejemplo, Catharine MacKinnon, “Feminismo, marxismo, método y Estado: una agenda para la teoría”, y “Feminismo, marxismo, método y Estado: hacia una teoría feminista”,

justificar la violación sexual y para mantener a las mujeres aterrorizadas mediante la violencia o la amenaza de ella por parte de esposos y parientes.¹⁰ Para algunas radicales, el derecho debe transformarse y así intensificar la regulación del privilegio masculino al acceso sexual y a la violencia como formas de control. Proponen, por ejemplo, invertir la carga de la prueba y aumentar las penas para la violación y la violencia domésticas.¹¹ Otras radicales, por el contrario, consideran que los privilegios masculinos deben rebatirse a través de prácticas contra-culturales, como por ejemplo el “amor libre”, la *sororidad* o solidaridad entre mujeres, y el entrenamiento físico para enfrentar a los agresores.¹²

Las feministas socialistas, por su parte, plantean que un efecto de la estructura tradicional de la familia ha sido la expropiación del trabajo de las mujeres, en el sentido de que han sido confinadas a las labores para la subsistencia del grupo familiar sin ninguna remuneración.¹³ Señalan que este tipo de expropiación es producto del sistema capitalista, que en gran medida se basa en él, y que su principal consecuencia es que la familia, en lugar de ser el lugar privilegiado del afecto y el altruismo, se haya contaminado por consideraciones de supervivencia económica.¹⁴ Entre los burgueses, subrayan, las consideraciones económicas determinan las opciones matrimoniales y las decisiones de inversión de tiempo y dinero en los hijos de la pareja. Entre los proletarios, por el contrario, el problema es cómo satisfacer las demandas del afecto en medio de obligaciones económicas acuciantes.¹⁵

en Mauricio García Villegas, Isabel C. Jaramillo Sierra y Esteban Restrepo Saldarriaga, eds., *Crítica jurídica*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2006, pp. 163-221.

¹⁰ Ver, por ejemplo, Mary Joe Frug, “Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno (una versión inconclusa)”, en Mauricio García Villegas, Isabel C. Jaramillo Sierra y Esteban Restrepo Saldarriaga, eds., *Crítica jurídica, op. cit.*, pp. 223-249.

¹¹ Estos aspectos son desarrollados en profundidad en el capítulo “Violencia” de este libro. Además, ver por ejemplo Duncan Kennedy, “Sexual Abuse, Sexy Dressing and the Eroticization of Domination”, en *Sexy Dressing, etc.*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

¹² Un recuento de las estrategias contra-culturales que han intentado llevar a cabo las feministas radicales en los Estados Unidos se puede encontrar en Alice Echols, *Daring to be Bad*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1989.

¹³ Esta tesis fue propuesta por primera vez en Frederick Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Ediciones Suramérica, Bogotá, 1972.

¹⁴ Ver, por ejemplo, Eli Zaretsky, *Familia y vida personal en la sociedad capitalista*, Anagrama, Barcelona, 1978.

¹⁵ Ver, por ejemplo, August Bebel, *La mujer y el socialismo*, Akal, Barcelona, 1977. Bebel, en línea con otros comunistas y socialistas de su tiempo, estaba convencido de que el afecto reinaba de manera más clara entre los proletarios, pero que la falta de recursos económicos les impedía hacer lo que obviamente se derivaba de ese afecto, verbigracia, casarse, darle a sus hijos lo necesario para llevar vidas plenas, etcétera.

Las socialistas apoyan estrategias muy diversas. Para algunas, la solución a los problemas recién planteados consiste en hacer que el modelo de familia burguesa esté al alcance de los proletarios, lo que se lograría mediante importantes prestaciones sociales para las familias de los trabajadores. Para otras es indispensable socializar las labores que se consideran exclusivas de las mujeres, y en el espacio de lo doméstico. En este sentido han propuesto la creación de cocinas y guarderías comunitarias, y centros de cuidado de ancianos y minusválidos, entre otros.

Las feministas críticas, por último, han trabajado en la descripción de cómo funciona la ideología de la familia, y la relación que habitualmente se establece entre familia y derecho para revelar los límites del debate, tal como transcurre en la actualidad.

En lugar de asumir que las ideas que sirven para centrar la familia nuclear son unívocas, las críticas muestran que la ideología de la familia, precisamente por sus ambigüedades y contradicciones, es dominante. En este sentido señalan que así como la familia ha sido defendida en virtud de su rol en la satisfacción de necesidades afectivas, también ha sido criticada por ser el lugar en el que surgen las pasiones más destructivas; añaden que así como se ha invocado que el Estado no debe intervenir en la familia porque ésta es privada, y sus dinámicas son resistentes a la modelación legislativa, por otra parte se ha solicitado la intervención de aquél para proteger a la familia nuclear de tendencias que van hacia su destrucción; que así como se ha glorificado al Estado y al mercado como espacios de satisfacción personal y desarrollo de las personas, se ha rechazado el egoísmo y la agresividad que implican.¹⁶

Asumir que la ideología de la familia es coherente y precisa, afirman las críticas, fortalece el efecto normativo¹⁷ de dicha ideología,¹⁸ e impide imaginar maneras alternativas de organización social.¹⁹

Este capítulo se divide en tres temas, cada uno de los cuales corresponde a una manera de entender la incidencia de la familia en la opresión de las mujeres. La presentación de los temas se hará desde el punto de vista de las teorías

¹⁶ Frances Olsen, "The Family and the State: A Study on Ideology and Legal Reform", *96 Harvard Law Review* 1491, 1983.

¹⁷ Janet Halley, "Recognition, Rights, Regulation, Normalization: Rhetorics of Justification in the Same-Sex Marriage Debate", en Robert Wintemute y Mads Andenaes, eds., *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Survey of National European and International Law*, Hart Publishers, Oxford, 2001.

¹⁸ Kerry Queen, "Mommy Dearest: The Focus on the Family in Legal Feminism", *37 Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* 447, 2002.

¹⁹ Frances Olsen, "The Family and the State: A Study on Ideology and Legal Reform", *op. cit.*

esbozadas y luego será problematizado a partir de interrogantes que surgen desde las otras teorías.

La igualdad al interior de las familias y la inclusión de familias diversas (I) discute el reconocimiento de derechos a las concubinas y la igualdad de derechos de las mujeres en el derecho de familia. La igual consideración de la maternidad como opción de vida (II) examina el derecho vigente en la región en cuanto a la custodia de los hijos y la valoración del trabajo doméstico. Finalmente, los privilegios masculinos dentro de la familia (III) discute el tratamiento de la violencia doméstica y sexual en el contexto del derecho de familia. No se incluye ningún tema relacionado específicamente con el feminismo socialista o con el feminismo crítico, pero éstos nutren muchas de las críticas que se hacen a los otros tres en las cuestiones a debatir planteadas en cada problema.

I. IGUALDAD DE DERECHOS EN LA FAMILIA E INCLUSIÓN DE FAMILIAS DIVERSAS

A partir de la idea de que el derecho debe reconocer a los seres humanos como iguales, por estar dotados éstos de razón, las feministas liberales han criticado el trato diferenciado que las normas jurídicas dan a las mujeres, y han elaborado una narrativa de progreso en la que éstas obtienen cada vez más igualdad a medida que ese trato diferenciado se logra eliminar.²⁰

En el caso latinoamericano, y particularmente respecto de la familia, las feministas liberales señalan cómo la abolición de la potestad marital y de los privilegios matrimoniales se han convertido en eslabones del camino hacia la igualdad de las mujeres. Sostienen, sin embargo, que la permanencia de normas que tratan de un modo diferenciado a las mujeres en la familia es una prueba de que no se ha llegado a la igualdad.

Los códigos civiles latinoamericanos del siglo XIX reprodujeron dos instituciones del derecho colonial: la potestad marital y el privilegio matrimonial. La potestad marital era el conjunto de poderes que el marido adquiría, en virtud del matrimonio, sobre la persona y los bienes de su mujer. Incluía el poder para decidir el domicilio común, la facultad exclusiva para disciplinar a los hijos, usufructuar sus bienes y controlar la sexualidad de la mujer.

La posibilidad de exigir el divorcio en caso de que la mujer no siguiera a su marido, y de obtener la custodia de los hijos como consecuencia del incumplimiento de los deberes de la mujer como madre y esposa, hacía efectivo el primer poder. Algunos autores admitían incluso que el marido podía acudir a las fuerzas

²⁰ Ver la interesante crítica a esta idea del progreso dentro del derecho de familia de Martha Minow en "Forming Underneath Everything that Grows: Toward a History of Family Law", *Wisconsin Law Review* 819-894, 1985.

de policía para hacer que su mujer regresara al domicilio común.²¹ El poder de disciplinar a los hijos se traducía en la posibilidad de pedir la intervención de la policía y en la que tenía el padre de dejar de proveer en caso de desobediencia de los hijos. El poder sobre la sexualidad de la mujer se materializaba en la facultad de perseguir y matar a la mujer adúltera y en la que tenía el marido de hacerse dueño de los bienes de su esposa en caso de infidelidad. Por otra parte, el marido tenía derecho a administrar todos los bienes de su esposa y de la comunidad, y tenía derecho a representarla judicial y extrajudicialmente. La esposa podía ser autorizada por su marido, o por un juez, para hacer transacciones particulares.²²

El privilegio matrimonial se reproducía al excluir de los beneficios personales y patrimoniales del matrimonio a las parejas que no cumplieran con las ritualidades exigidas, ya fueran de tipo religioso o secular, y los hijos de esas parejas no existían como hijos —excepción hecha de los hijos naturales, esto es, los hijos de padres solteros al momento de la concepción, que podían ser voluntariamente reconocidos por sus padres—. En consecuencia, contraer un nuevo matrimonio, cuando el primero había fracasado, era muy difícil.²³

La potestad marital fue eliminada en todos los países latinoamericanos; quedó consagrado que las mujeres, al igual que los hombres, son capaces de representarse a sí mismas judicial y extrajudicialmente, y tienen iguales poderes disciplinarios sobre los hijos.²⁴ Los privilegios matrimoniales, por su parte, se han venido reduciendo: se acepta ya que la convivencia puede tener efectos económicos; para los hijos extramatrimoniales es posible obtener el reconocimiento paterno; los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio tienen iguales derechos, y la regulación sobre el divorcio se flexibilizó.

Las feministas liberales leen estos cambios como un logro en el camino hacia la igualdad. Pero sus argumentos siguen teniendo vigencia en la medida en que los ordenamientos jurídicos aún incluyen normas que dan un trato diferenciado a las mujeres.

²¹ Ver, por ejemplo, Eduardo Gutiérrez Piñeres, *Curso de derecho civil colombiano*, Imprenta de la Luz, Bogotá, 1919. Esta posición es explicada y criticada también por el influyente autor francés Julien Bonnetcase, *La Philosophie du Code Napoleon appliquée au Droit de famille*, Paris, 1925, p. 18.

²² Sobre la potestad marital ver, por ejemplo, Eduardo Gutiérrez Piñeres, *Curso de derecho civil colombiano*, *op. cit.*, y Luis Claro y Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1898, volumen 1.

²³ Ver Eduardo Gutiérrez Piñeres, *Curso de derecho civil colombiano*, *op. cit.*, y Luis Claro y Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, *op. cit.*

²⁴ Ver Marcela Huaita-Alegre, “Desigualdades de género en las consecuencias económico-financieras del divorcio”, en *Género y derecho*, *op. cit.*, y Magdalena León y Eugenia Rodríguez Sáenz, eds., *¿Ruptura de la inequidad? Propiedad y género en la América Latina del siglo XIX*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2005.

Los argumentos de las feministas liberales sobre la igualdad formal —o igualdad ante la ley— han sido criticados tanto por sus supuestos como por sus consecuencias. El que ignoren —según las críticas— las condiciones materiales y culturales en las que operan las normas jurídicas, dando por sentado que la objetividad o la neutralidad son alcanzables, en lugar de favorecer a las mujeres de carne y hueso, las perjudica. Tres tipos de hechos sustentan esta crítica al feminismo liberal: 1) desde el siglo XIX, a pesar de la abolición de las normas que contemplaban que los maridos fueran obedecidos por sus esposas, las tasas de violencia contra las mujeres en los espacios “privados” no se han reducido; 2) el acceso de las mujeres a la propiedad no ha mejorado significativamente, a pesar de no estar sometidas ya a la potestad marital; 3) el debilitamiento del privilegio matrimonial no se ha reflejado en una mayor protección a los niños y ancianos ni ha disminuido la vulnerabilidad de las mujeres.

Frente a las críticas, el feminismo liberal ha reaccionado de dos maneras. Con el fin de lograr igualdad de resultados, y no simplemente de oportunidades, algunas feministas liberales han incorporado la idea de los grupos desaventajados o vulnerables para dar cuenta de las diferencias materiales y culturales de las mujeres y defender medidas distributivas que les ofrezcan a éstas un tratamiento diferenciado.²⁵ Otras feministas liberales han aceptado con gusto la idea de que los resultados, después de conseguir la igualdad formal, se derivan de las opciones de las mujeres.²⁶

Las medidas que defienden las liberales intervencionistas en materia de la familia incluyen la protección especial de la maternidad, subsidios especiales para mujeres cabeza de familia, regímenes de alimentos que compensan la exclusión laboral de las mujeres, y regímenes de propiedad matrimonial que hacen prevalecer la figura de la comunidad de bienes.²⁷

A pesar de que la defensa de estas medidas está en que se trata de medidas temporales —fueron concebidas para implementar “mientras se equipara el campo de juego”—, han sido criticadas por convertir a las mujeres en víctimas y sujetos vulnerables, en contra de sus propias posibilidades de emancipación,²⁸ y porque su implementación implica la dependencia de las mujeres del capricho

²⁵ Sobre el feminismo liberal social o intervencionista, ver Isabel Cristina Jaramillo, “Críticas feministas al derecho”, en *Género y teoría del derecho*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

²⁶ En general, quienes adhieren a esta posición han dejado de llamarse feministas. Estos argumentos son presentados y criticados en Catharine MacKinnon, “Not by Law Alone”, y “On Exceptionality”, en *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

²⁷ Como se verá más adelante, este último es también un reclamo de las feministas culturales.

²⁸ Ver Wendy Brown, “Lo que se pierde con los derechos”, en *La crítica de los derechos*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes e Instituto Pensar, Bogotá, 2003.

de los funcionarios burocráticos.²⁹ También por introducir una caracterización de las mujeres contradictoria: como sujetos autónomos, por un lado, y como sujetos vulnerables por otro. Esto perjudica a las mujeres, porque siempre se les impone el estándar opuesto al que invocan en cada caso concreto.³⁰

Este capítulo incluye dos problemas que ilustran tanto el potencial como los vacíos y contradicciones de los argumentos de las feministas liberales: el del balance entre moralidad e igualdad, y el de la discriminación de los hombres cuando se adoptan medidas distributivas de trato diferenciado para las mujeres.

A. PRIMER PROBLEMA: IMPERATIVOS MORALES COMO LÍMITES A LA IGUALDAD

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana muestra cuán obvio puede resultar el argumento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Ha establecido en innumerables fallos que los artículos del Código civil del siglo XIX que no habían sido reformados, y que daban un trato diferente a hombres y mujeres, violan la cláusula de igualdad contemplada en la Constitución.³¹

Sin embargo, sigue habiendo fallos en los que el argumento de la igualdad formal no triunfa. Uno de los rasgos que comparten estos fallos es que la razón

²⁹ Ver Nancy Fraser y Linda Gordon, “Una genealogía de la dependencia. Rastreado una palabra clave del Estado benefactor en los Estados Unidos”, en Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

³⁰ Ver, por ejemplo, Catharine MacKinnon, “Sex Equality: On Difference and Dominante”, en *Towards a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989.

³¹ Ver sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: C-379 de 1998 (declara que las normas del Código civil sobre la mujer mercadera fueron derogadas por la ley 28 de 1932, que derogó la potestad marital, y el decreto ley 2820 de 1974, que declaró la igualdad de la mujer en el derecho civil); C-857 de 2005 (declara que las normas del Código civil, que estipulaban que la mujer debía obtener permiso de su marido para contraer obligaciones, fueron derogadas en 1932 por la ley 28 del mismo año); C-1.033 de 2002 (declara que las normas del Código civil sobre alimentos entre cónyuges deben entenderse como aplicables a personas que forman uniones maritales de hecho); C-082 de 1999 (declara inexecutable el numeral del artículo 140 del Código civil, que establecía que la mujer adúltera no podía contraer matrimonio con su cómplice); C-804 de 2006 (declara inexecutable el artículo 33 del Código civil, de acuerdo con el cual la palabra hombre debía entenderse como expresión genérica sinónima de la palabra persona); C-507 de 2004 (declara inexecutable la norma del Código civil, que establecía para las niñas la edad de 12 años como la edad mínima límite para contraer matrimonio, y determina que, en adelante, esa edad para niños y niñas sería en cambio de 14 años); C-112 de 2000 (declara que el matrimonio es válido, ya sea que se celebre en el domicilio de la mujer o del hombre); y C-534 de 2005 (declara inexecutable la diferencia de edad de acuerdo con el sexo para la capacidad relativa, y establece que todos los individuos menores de 14 años deben considerarse impúberes).

sobre la que se fundan, la imperiosa necesidad de mantener la diferencia, es una razón de orden moral.

La distinción entre derecho y moral es una distinción que el liberalismo, al contrario de otras teorías políticas, acepta.³² En general, los liberales argumentan que existen normas que regulan el comportamiento que, si bien gozan de legitimidad y son asumidas como verdaderas normas, no son jurídicas: su cumplimiento no puede ser garantizado por una fuerza organizada.³³ Este reconocimiento de la moral, no obstante, funciona junto con el imperativo de reducir esa moral, como fundamento del derecho, al mínimo posible; esto debido a las diferencias que existen entre los individuos sobre las normas morales que son correctas.³⁴

Aunque el asunto de los mínimos morales no encuentra solución dentro del liberalismo, con el debate siempre presente, y múltiples respuestas disponibles, las feministas liberales han puesto de presente que el problema puede no ser cuánto es el mínimo de moralidad, sino los distintos estándares de moralidad que se imponen de acuerdo con el sexo y que son justificados por discursos de género, y la mayor importancia que se le da a la moralidad cuando se trata de la sexualidad y la familia.³⁵

En los casos que incluye esta sección, los reclamos de igualdad de las mujeres y las parejas no matrimoniales han sido rechazados con base en el principio de la buena fe y la prohibición del incesto. Y como límite a la igualdad que exigía reconocimiento, se han invocado en algunos casos, además, los derechos de los niños.

La manera como las Cortes han construido el problema jurídico involucrado en el caso implica ponderar la igualdad con la moralidad, porque, más allá de las normas jurídicas pertinentes, se han invocado preceptos morales cuyo valor normativo no han cuestionado ni buscado justificar.

³² Se podría entender, por ejemplo, que el marxismo rechaza en general la idea de la moral, y que el conservatismo reduce completamente el derecho a la moral.

³³ Así distingue el derecho y la moral, por ejemplo, Hans Kelsen. Ver Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, Universidad Autónoma de México, México, 1958.

³⁴ Kelsen aporta también una persuasiva explicación al respecto. Ver Hans Kelsen, *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982.

³⁵ El tema del doble estándar ha estado presente desde las primeras articulaciones feministas. Ver Mary Wollstonecraft, *Vindicación de los derechos de la mujer*, Editorial Debate, Madrid, 1977; John Stuart Mill, "La esclavitud femenina", en *De la libertad, el gobierno representativo y la esclavitud femenina*, Tecnos, Madrid, 1967.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
Recurso extraordinario federal contra sentencia de la Cámara Nacional
de Apelaciones en lo Civil, Buenos Aires
1 de noviembre de 1999

Problema jurídico

Cuando a la madre se le prohíbe impugnar la paternidad matrimonial de su hijo, ¿se viola el derecho a la igualdad consignado en la Constitución argentina y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)?

Hechos

La señora D. de P. V. presentó ante el juez competente una acción impugnando la paternidad matrimonial de su hijo. Dicho juez, así como la instancia superior, negó el recurso por falta de legitimación activa de la madre en el procedimiento. D. de P. V. interpuso un recurso extraordinario para que se revisara la constitucionalidad del artículo 259 del Código civil, en el que se había fundado la negativa del juez para admitir su recurso.

Decisión de la Corte

Para la Corte, el artículo 259 del Código civil, que atribuye al marido y no a la mujer la acción de impugnación de la paternidad, no se funda en un privilegio masculino sino que suministra al marido la vía legal para destruir una presunción legal. Ésta no opera sobre la mujer porque su maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

Extractos

[...]

Que la parte actora solicita la apertura del recurso extraordinario por estimar que la limitación contenida en el art. 259 del Código civil, que no incluye a la madre del niño entre los legitimados activos para deducir la acción de impugnación de paternidad matrimonial, violenta —a su juicio— normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 17, inc. 4, 19 y 24), en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 2, 7, 8 inc. 1, 12 inc. 1 y 18 inc. 1), que gozan, todas ellas, de supremacía frente al derecho interno. Aduce, asimismo, que el fundamento concerniente a la prohibición para la madre de promover una acción que importa reconocer su propio adulterio, no es invocable frente a la clara obligación de las autoridades de atender al interés superior del niño.

[...]

Que el principio de igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que “el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” (González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Estrada Editores 1898, N° 107, p. 126). No todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984).

[...]

Que el Estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que, dentro de los parámetros mencionados, puede legítimamente formular por imperativos de bien común. En este orden de ideas, la paternidad y la maternidad no son absolutamente iguales y por ello, el legislador puede contemplar razonables diferencias. El art. 259 del Código civil, que atribuye al marido y no a la mujer la acción de impugnación de la paternidad, no se funda en un privilegio masculino sino que suministra al marido la vía legal para destruir una presunción legal —que no pesa, obviamente, sobre la mujer, puesto que su maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (art. 242 del Código civil)— a fin de que el sujeto sobre quien opera la presunción tenga la posibilidad de desvirtuar que sea el padre del hijo de su esposa nacido dentro de los términos que fija la ley, desligándose así de las obligaciones de una paternidad que le es ajena.

[...]

Que la presunción de paternidad legítima, que es uno de los pilares fundamentales en que se asienta el derecho de filiación matrimonial, no tiene su fundamento en la presunción de inocencia de la cual goza la mujer por su carácter de casada con relación al adulterio, sino en el valor institucional de la familia legítima y en la conveniencia de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio. Los instrumentos internacionales de derechos humanos que se hallan en juego en esta causa contienen manifestaciones evidentes de la valoración de la familia constituida como realidad indispensable al bien personal y al bien común (Pacto de San José de Costa Rica, art. 17, párrafos 1 y 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23.1) y del margen de apreciación de las autoridades nacionales para regular los medios de protección de la institución familiar, protección que, indudablemente, debe mantener el equilibrio con la tutela de otros valores esenciales.

De esta tensión entre el imperativo de asegurar el acceso al conocimiento del vínculo biológico y el de mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares, conforme a la ponderación efectuada por el Poder Legislativo de la Nación, surge la amplia-

ción al hijo de la legitimación activa en la acción de impugnación de paternidad, consagrada por la reforma de la ley 23264.

[...]

Que la doctrina del caso “Kroon and others v. The Netherlands”, fallado el 27 de octubre de 1994 por la Corte Europea de Derechos Humanos, que cita el señor Procurador General en su dictamen —fs. 341—, corrobora la idea de que las autoridades de los Estados tienen un razonable margen de apreciación para adoptar la política legislativa que estimen apropiada para asegurar el respeto a la vida familiar y permitir la formación de vínculos familiares perfectos, dentro de un estándar medio de protección.

En el citado caso, la Corte de Estrasburgo apoyó el criterio de la Comisión, en el sentido de que constituía una falta de respeto a la vida privada y familiar —y un incumplimiento por parte del Estado a sus obligaciones internacionales— la circunstancia de que el derecho holandés impidiese la impugnación de paternidad a toda persona distinta del marido de la madre. Esta limitación permite distinguir el caso citado a fs. 341, de la controversia *sub examine*, en que se halla en juego el art. 259 del Código civil, que, como se ha dicho, atribuye legitimación activa, no sólo al marido sino, además, al hijo, y en todo tiempo.

[...]

Que una distinta composición de los valores en tensión podrá ser eventualmente consagrada por el poder Legislativo de la Nación en ejercicio de su competencia propia, como lo han hecho, por ejemplo, ordenamientos legales vigentes en otros países, que no extienden a la madre la acción de impugnación de la paternidad —lo que resultaría absurdo a la luz de lo expresado en el precedente considerando 14— sino que le confieren una acción diferente, configurados determinados requisitos (art. 318 del código francés vigente). De *lege lata*, cabe concluir que el art. 259 del Código civil satisface el juicio de compatibilidad constitucional puesto que no transgrede los derechos fundamentales invocados por la recurrente, sino que plasma una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional.

[...]

Que, por otra parte, en el derecho vigente actualmente en la República, la negación de legitimación activa de la madre en la acción de desconocimiento de la paternidad no produce efectos definitivos sobre la filiación impugnada, ya que dicha acción queda abierta al principal interesado, que es precisamente el hijo. Por ello y oído el señor Defensor Oficial y el señor Procurador General, se confirma la sentencia de fs. 292/294.

Corte Suprema de Justicia de Colombia
Martha Silvia Neira Torres contra Rigoberto Neira Reyes
19 de diciembre de 2005

Problema jurídico

Cuando los vínculos de parentesco entre dos personas relacionadas entre sí les impiden contraer matrimonio, y por ello se niega la existencia de una comunidad de bienes, ¿esa negativa viola el derecho a la igualdad?

Hechos

Martha Silvia Neira Torres y Rigoberto Neira Reyes convivieron de manera singular durante más de dos años. En el procedimiento encaminado a reclamar la declaratoria de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, conforme a la ley 54 de 1990, el demandado presentó pruebas para demostrar que él era el padre de la demandante.

Decisión de la Corte

Considera la Corte que si entre la pareja existe una relación de parentesco que el ordenamiento considera como incestuosa, entre ellos no surge una unión marital de las previstas en la ley 54 de 1990 como tampoco sociedad patrimonial.

Extractos

[...]

En el asunto materia de decisión, el demandado, para enervar la declaración de existencia de la sociedad patrimonial reclamada por la actora, adujo que la ley prohíbe la que surge a raíz de la unión de un hombre y una mujer entre quienes medie impedimento legal para contraer matrimonio, como acontece en este caso, en el que la demandante es su hija.

El referido parentesco está demostrado con la copia auténtica del registro civil de nacimiento de Martha Silvia Neira Torres aportado por el demandado y que contiene la nota de reconocimiento como su hija extramatrimonial, condición que, como ya quedara dicho, no fue debidamente desvirtuada. Inclusive, valga la pena destacarlo, la demandante no niega de manera contundente la existencia de un vínculo de parentesco que la liga con el demandado, pues admite que es su abuelo.

Empero, puesto de presente el referido vínculo filial que une a las partes, cabe preguntarse si entre ellos puede surgir la unión marital contemplada en la ley 54 de 1990 y, más concretamente aún, si por razón de su cohabitación, de la que hacen mención las pruebas referidas por el juzgador *ad quem*, surgió la sociedad patrimonial allí prevista.

[...]

Como se sabe, la reseñada ley 54 de 1990 se ocupó de regular las uniones maritales de hecho y de establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes a que ella da lugar; así en su artículo primero define la unión marital de hecho, concibiéndola como aquella convivencia que con caracteres de permanencia y singularidad establece una pareja heterosexual sin mediar entre ellos vínculo matrimonial. A esa relación el artículo segundo *ejusdem* le reconoció efectos patrimoniales en los siguientes términos:

Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;
- b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Nótese cómo la trasuntada disposición legal prescribe que se presume la existencia de una sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes en cuanto se presenten dos hipótesis fácticas: la primera —que a juicio de la Corte sienta una regla general—cuando entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio, exista unión marital de hecho por un término no menor a dos años; y la segunda que, está enderezada, no obstante su ambigüedad, a consagrar una excepción a dicha regla, consistente en que a pesar de existir el impedimento al que en forma concreta allí se alude, esto es, la preexistencia de un vínculo conyugal que ligue a uno o a ambos compañeros con terceros, no por ello deja de presumirse la existencia de la referida sociedad patrimonial, pues a ella hay lugar si la sociedad o sociedades conyugales anteriores fueron disueltas con un año, por lo menos, de anterioridad a la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

[...]

El sistema legal colombiano, además de prohibir las nupcias celebradas entre contrayentes que estén en la misma línea de ascendientes, descendientes o sean hermanos (artículo 140 numeral 9° del Código civil), reprime todo acceso carnal o cualquier acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, habida cuenta que tales conductas las ha considerado punitivas por atentar contra la existencia, conservación y desarrollo de la familia, institución básica en nuestro sistema, cuya protección proclama la Constitución Política en sus artículos 5°, 15 y 42.

La proscripción de las relaciones sexuales endogámicas obedece a las nocivas consecuencias que comportan para la institución familiar, puesto que, conforme lo han concluido las disciplinas científicas que han estudiado el fenómeno, ellas quebrantan su estructura y menoscaban su sanidad; en cuanto a lo primero, porque alteran el vínculo de la pareja y el sistema filial, enfrentan el estatus y los roles de padre e hijos, a la vez que distorsionan las relaciones psicoafectivas y sexuales entre los miembros de la familia; y en lo concerniente con la salud, las mentadas relaciones crean tangibles riesgos de que la prole sufra enfermedades genéticas, sin olvidar las repercusiones psicológicas que pueden desencadenar en los integrantes del grupo familiar. Por lo demás, la descalificación de las relaciones incestuosas ha sido una constante social que ha obedecido a ancestrales patrones culturales instituidos en nuestro país.

Así las cosas, resulta palmario que de entenderse que la unión de hecho incestuosa genera sociedad patrimonial entre la pareja, es tanto como aseverar que, simultáneamente, una misma conducta sea permitida por el ordenamiento y a la vez reprimida por éste, lo que es inadmisibles en nuestro sistema legal que reclama la coherencia entre sus instituciones.

Inclusive, es tan rotundo y vigoroso en el ordenamiento patrio el rechazo al incesto que, bien miradas las cosas, y de la mano de los reseñados antecedentes históricos, considera la Corte que la existencia de un vínculo de parentesco en los grados previstos por el legislador como causal de impedimento no solamente obsta el nacimiento de una sociedad patrimonial entre los amantes, sino, lo que es más tajante, impide que aflore entre ellos una unión marital que merezca tutela legal. O, por decirlo con mayor claridad, si entre la pareja existe una relación de parentesco que el ordenamiento considere como incestuosa, no surge entre ellos una unión marital de las previstas en la ley 54 de 1990, ni, menos aún, una sociedad patrimonial. Por supuesto que sería una inconcebible paradoja que lo que el resto del ordenamiento reprime con reciedumbre, fuera protegido ciegamente por la susodicha ley.

[...]

No puede afirmarse, como desacertadamente lo infringió el Tribunal, que si por mandato del numeral 4° del artículo 1820 del Código civil, el matrimonio incestuoso genera sociedad conyugal, nada impediría que la relación marital entre personas ligadas por cualquiera de los grados de parentesco que tipifican el delito de incesto, genere a la vez, sociedad patrimonial, por cuanto el matrimonio, a diferencia de la unión marital —y aquí radica la impropiedad de su asimilación— constituye un singular acto jurídico cuyos efectos se surten mientras no sea declarado nulo por decisión judicial cuyos alcances no son, por regla general, retroactivos a la luz de las prescripciones del artículo 148 del Código civil, fenómeno éste que, por sustracción de materia, no puede darse en una situación de facto como lo son las relaciones maritales extramatrimoniales, razón por la cual el legislador, previendo esa situación,

buscó impedir de entrada la producción de efectos a las uniones afectadas por ese impedimento.

[...]

Infiérese de lo expuesto, que en este litigio las pretensiones de la actora están llamadas al fracaso, ya que entre las partes media el impedimento de parentesco (padre-hija), el cual, como ya se dijera, no sólo impide la formación de la sociedad patrimonial reclamada, sino, lo que es más contundente aún, que obsta, de raíz, el nacimiento de la unión marital definida en el artículo primero de la susodicha ley. En consecuencia, se impone confirmar el fallo de primera instancia.

[...]

Como tales hechos constituyen un ilícito penal, de ellos se dará noticia a las autoridades pertinentes para que adelanten la averiguación pertinente.

Cuestiones a debatir

El derecho a impugnar la paternidad

Con excepción de Colombia, que recientemente modificó su legislación,³⁶ todas las legislaciones latinoamericanas regulan de manera bastante estricta la impugnación de la paternidad matrimonial y, en todo caso, establecen límites a la impugnación de la paternidad extramatrimonial. Como lo indica el fallo argentino, dichos límites se pueden justificar por el interés superior del menor en obtener certeza sobre su filiación, y por la conservación del principio según el cual nadie puede alegar su propia culpa. Este principio impediría a la esposa confesar su adulterio para establecer la filiación de su hijo. Al mismo tiempo, sin embargo, excluir a la mujer de la posibilidad de intervenir en la determinación de la filiación de su hijo atenta contra el principio de igualdad y limita las posibilidades de determinar la verdadera filiación.

Preguntas

1. En el caso de impugnación de la paternidad matrimonial por la madre, ¿cuál es el argumento moral que se da para impedir que la madre pueda iniciar el procedimiento con el fin de que se declare que su hijo no es hijo de su marido? ¿Por qué puede decirse que es un argumento moral?

2. En este mismo caso, ¿cuál es la igualdad que está en juego?

³⁶ Ver ley 1060 de 2006, Colombia. Esta ley modificó los artículos del Código civil que autorizaban exclusivamente al marido y a los hijos impugnar la paternidad de los hijos habidos por la esposa. La modificación permitió que la esposa pueda también impugnar la paternidad, y autorizó el uso de cualquier prueba para impugnar el vínculo filial.

3. ¿Qué cree usted que ganan las esposas cuando se les asigne este derecho?

4. ¿Qué otros intereses están en juego en las decisiones de paternidad matrimonial?

5. ¿Cree usted que se protege más a los niños con el énfasis en su verdadera filiación o con programas que no tienen en cuenta la filiación?

6. ¿Le parece que el énfasis en la verdad biológica es una manera de reproducir la idea de un “orden natural” que se ve materializado en la familia?

7. ¿Cómo podrían conciliarse el énfasis en la verdad biológica con los derechos de las parejas homosexuales a la procreación y a la adopción?

El efecto regulatorio del reconocimiento de derechos a las parejas de hecho

El último caso incluido en esta sección es excepcional: excluye a un tipo familia de hecho de la protección que otorga a las familias el ordenamiento legal. Este caso permite observar cómo el derecho reacciona frente a un conflicto de valores: por una parte, los jueces deciden apoyar la mala fe y permitir que el conviviente de mala fe se beneficie de su actuación deshonestas. En este caso, la mujer había vivido como pareja de su conviviente sin saber que era su hija; lo supo cuando éste entregó las pruebas en el proceso con el objeto de eludir responsabilidades económicas derivadas de la convivencia. Por otra parte, por ser el incesto una figura que repugna al derecho, los jueces rechazan la petición de la mujer, quien había convivido de buena fe con quien resultó ser su padre.

En esta decisión, y en la legislación que la respalda, subyace una tendencia a reforzar la familia como orden natural. En este sentido, cabría preguntarse nuevamente qué es lo que se gana y qué es lo que se pierde con la insistencia en la inclusión de las familias de hecho.

La tendencia a incluir cada vez más parejas como familia ha sido criticada desde dos puntos de vista: en el marco de las políticas de ajuste estructural y el auge de la prioridad de la familia en la satisfacción de necesidades, esta tendencia parece favorecer una mayor concentración de los recursos y no su redistribución. Se ha señalado, por ejemplo, que las parejas homosexuales que se verían favorecidas con la ampliación de la noción de familia serían las que cuentan con más recursos económicos —tienen más derechos que podrían distribuir—.

La tendencia, por otra parte, parece cerrar los espacios de resistencia a la regulación estatal de la sexualidad, pues elimina las posibilidades de que proliferen el “amor libre”. Es más, se podría pensar que esta regulación favorece nuevamente el matrimonio —en éste hay más cosas negociables entre los esposos de las que las hay en las uniones de hecho, tal y como han sido reguladas por los legisladores latinoamericanos e interpretadas por los jueces—.

Preguntas

1. ¿Cuál es el argumento de tipo moral que sirve para excluir a ciertas parejas de los beneficios del matrimonio y para incluir a otras?
2. ¿Cómo se podría argumentar que el hecho de no reconocerle a ciertas parejas los mismos derechos ajenos al matrimonio viola el derecho a la igualdad?
3. ¿Cree usted que el régimen de uniones de hecho o uniones permanentes de su país permite el “amor libre”? Y en tal caso,
4. ¿Al permitir el “amor libre” se “desprotege” a alguna de las partes?
5. ¿Es el modelo de la unión libre la mejor manera de “proteger” a las mujeres de la pobreza, la violencia sexual y la violencia física? Justifique sus respuestas.

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA IGUALDAD PARA NO DISCRIMINAR A LOS HOMBRES

Otro grupo de casos llamativo y problemático es el que usa el argumento de igualdad del feminismo liberal para defender a los hombres de exclusiones introducidas atendiendo a las necesidades especiales de las mujeres.

El argumento de las normas especiales para necesidades especiales no ha sido ajeno al feminismo liberal, aunque algunos preferirían llamarlo “feminismo liberal intervencionista”.³⁷ Las liberales intervencionistas señalan, a favor de un tratamiento especial, que el garantizar la igualdad en las normas no garantiza la igualdad en las prácticas, pues las mujeres, en tanto jugadores desaventajados, no entran en los espacios que les habían vedado con las mismas habilidades o recursos. El tratamiento especial se justificaría también cuando un cierto grupo de mujeres, por la combinación de varios factores de opresión, aparece como particularmente vulnerable.

En los casos que se presentan a continuación, las medidas especiales para mujeres fueron justificadas por la especial vulnerabilidad de los grupos favorecidos: las madres comunitarias —categoría que en Colombia incluye a las mujeres de las clases más pobres que cuidan a los niños de mujeres de su misma condición para que estas últimas puedan trabajar— y las mujeres cabeza de familia. En todos los casos la Corte colombiana encontró que el tratamiento diferenciado era discriminatorio para los hombres.

El argumento de la igualdad de los hombres frente a medidas de trato diferenciado de las mujeres niega dos supuestos de los que precisamente parte

³⁷ Ver Isabel C. Jaramillo, “La crítica feminista al derecho”, en Robin West, *Género y teoría del derecho*, *op. cit.*

la exigencia de incluir ese trato diferenciado. El primero de ellos es que no es cierto que haya hombres que se encuentran en iguales circunstancias que las mujeres a favor de las cuales se establece la medida: socialmente los hombres han tenido ventajas históricas que se perpetúan en los discursos de género. El segundo de ellos es que las mujeres, como grupo, deben recibir recursos que no reciben los hombres para poder equilibrar las diferencias históricas.

Corte Constitucional de Colombia **Sentencia C-1039 de 2003**

Problema jurídico

¿Una norma que otorga protección laboral especial a “las madres” discrimina a los hombres?

Hechos

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, dos ciudadanos colombianos demandaron la inconstitucionalidad del artículo 12 de la ley 790 de 2002 que impide, como parte del desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, retirar de éste a las madres cabeza de familia sin alternativa económica.

Decisión de la Corte

La Corte declara exequible la expresión “las madres” contenida en el artículo 12 de la ley 790 de 2002, pero establece que, para proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen, la protección especial contenida en la norma puede extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación.

Extractos

[...]

Para los demandantes, la expresión “las madres” contenida en el artículo 12 de la ley 790 de 2002 viola los artículos 13, 42, 43 y 44 de la Constitución Política, concernientes al derecho a igualdad, la familia, la igualdad de derechos y oportunidades para hombres y mujeres y, en especial, el derecho de los niños, por cuanto la norma excluye a los hombres de los beneficios de la protección establecida en la ley, a pesar de que la situación que da lugar a ella, esto es, ser cabeza de familia, puede predicarse igualmente en relación a los hombres.

[...]

El Procurador pide que la Corte declare la exequibilidad de la expresión acusada, porque ha sido esta Corporación la que desde sus inicios ha adoptado medidas de protección específica para las mujeres cabeza de familia, en razón a su vulnerabilidad precisando el alcance establecido en el mandato constitucional, según el cual toda

autoridad pública está llamada a brindar un apoyo especial a la mujer que ostente esa condición.

[...]

Planteado así el asunto a debatir, la Corte entra a estudiar si existe la violación de las normas constitucionales señaladas por los actores.

[...]

La expresión “las madres” contenida en el artículo 12 de la ley 790 de 2003, lejos de establecer una preferencia frente a cualquier otra persona, consagra una estabilidad laboral para el sector más vulnerable de la población colombiana, ya que en razón de las circunstancias que rodean el país, la baja participación de la mujer en el campo laboral es cada vez mayor.

Ha sido la propia Constitución [la que] en busca de la igualdad real y efectiva, ha consagrado el apoyo especial del Estado a la mujer cabeza de familia y, en desarrollo de ese apoyo, el Programa de Renovación de la Administración Pública pretende que no sean retiradas del servicio las madres cabeza de familia sin alternativa económica.

Significa entonces lo anterior, que la regla general será la permanencia en el empleo de la mujer cabeza de familia como una consecuencia de la obligación estatal que consagra el artículo 43 de la Carta, sin que esto pueda considerarse como una violación al derecho a la igualdad, pues tal como lo explicó esta Corte en un reciente pronunciamiento, hombres y mujeres deben ser tratados de igual manera, es decir sin discriminación, pero habida cuenta de que la mujer ha sido por tradición objeto de discriminación sexual, es titular de medidas legislativas específicas contempladas únicamente a favor de ella y no de los hombres.

El derecho a la igualdad de trato no exige, por sí solo, extender a un hombre un beneficio creado por el legislador para desarrollar el derecho constitucional —específicamente consagrado en el artículo 43— a favor de las mujeres a recibir medidas de apoyo o protección especial como un tipo de acción afirmativa. Ello sería ir en contra del propósito del constituyente. (Sentencia C-184 de 2003).

Sin embargo, mas allá de la protección que se le otorga a la mujer cabeza de familia, debe entenderse que lo que el legislador quiere proteger es el grupo familiar que de ella depende, en especial a los niños.

[...]

Dentro de este contexto, debe entenderse que es indiferente quien asume la condición de cabeza de familia, como quiera que los sujetos de protección son los menores, cuyos derechos tienen prevalencia sobre los demás conforme al artículo 44 de la Constitución.

Es decir, conforme a lo expuesto, no se protege en situaciones como la que ahora analiza la Corte a la mujer por ser mujer, ni al hombre por ser tal sino, al uno o al otro cuando tengan la calidad de cabeza del hogar, en razón de la protección constitucional a que tiene derecho la familia (artículo 5 de la Carta), y de manera especial los niños, conforme a lo preceptuado, se repite, por el artículo 44 de la Constitución pues ellos, por su condición, han de ser especialmente protegidos en todo lo que atañe a sus derechos fundamentales.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-145 de 1995

Problema jurídico

¿Existe discriminación si un organismo administrativo le concede seguro de enfermedad general y de maternidad sólo a las madres comunitarias, y no extiende la definición de madre comunitaria a las personas de sexo masculino?

Hechos

El actor, desde hace aproximadamente [trece] años, ha estado vinculado a los Hogares Comunitarios de Bienestar [...]. Desde el 15 de enero de 1990, se vinculó como padre comunitario en el mencionado programa, solicitó ser afiliado al Instituto de Seguros Sociales, para el seguro de enfermedad general y maternidad, EGM [...] [E]l Instituto negó tal afiliación, con base en un concepto de la Oficina Jurídica Nacional, según el cual “no son madres comunitarias los padres que cuidan a los niños en los Hogares de Bienestar [...]. En concordancia no podrán afiliarse como madres comunitarias los de sexo masculino”.

Decisión de la Corte

La Corte decide que el actor tiene derecho a ser afiliado al Instituto de los Seguros Sociales en la misma forma y en las mismas condiciones en que lo han sido las madres comunitarias. Es decir, si a ellas se las ha afiliado a los riesgos de enfermedad general y maternidad con el régimen subsidiado, así debe ser afiliado el actor.

Extractos

1. El actor, desde hace aproximadamente 13 años, ha estado vinculado a los Hogares Comunitarios de Bienestar, de la vereda Riosucio Armonival, corregimiento los Anayes, municipio del Tambo, departamento del Cauca. Desde el 15 de enero de 1990, se vinculó como padre comunitario en el mencionado programa.
2. El actor solicitó ser afiliado al Instituto de Seguros Sociales, para el seguro de enfermedad general y maternidad, EGM. Esta solicitud la hizo con base en la circular 208, emanada del Subdirector de Seguros Económicos de los Seguros, de fecha 8 de

julio de 1994. Sin embargo, el Instituto negó tal afiliación, con base en un concepto de la Oficina Jurídica Nacional, según el cual “no son madres comunitarias los padres que cuidan a los niños en los Hogares de Bienestar [...]. En concordancia no podrán afiliarse como madres comunitarias los de sexo masculino”. [...]

Labores que desempeña el actor como padre comunitario y su relación con las que desempeñan las madres comunitarias

El Instituto de Seguros Sociales, Seccional Cauca, basa su negativa de afiliar al actor en lo señalado en el concepto de la Oficina Jurídica del Instituto, OJN-DS-29 de julio de 1992, concepto que es de obligatorio cumplimiento para las seccionales. Dice el concepto citado:

[...] usted solicita concepto sobre la posibilidad de afiliar al Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios, a los monitores de los Hogares Comunitarios, quienes desempeñan funciones pedagógicas y de orientación a los padres, propios del proyecto y que normalmente realizan las madres comunitarias.

Sobre el particular, nos permitimos manifestarle:

[...] de acuerdo con las normas anteriormente citadas, no le es legalmente posible al Instituto afiliar al régimen de los Seguros Sociales Obligatorios, a personas distintas de las Madres Comunitarias, a menos que se modifique o adicione el decreto 2019 de 1989, en el sentido de asimilar el papel de monitores o de padres, al de Madres Comunitarias o solicitar al Instituto, previo trámite legal, la extensión de la cobertura en una forma más amplia para todas las personas que desempeñen una labor solidaria, como integrantes de dichos Hogares.

Pero veamos si el actor es un monitor, en cuyo caso, de acuerdo con el concepto, no puede ser afiliado, o si desempeña las funciones encomendadas a las madres comunitarias, y es padre comunitario.

En primer lugar, de conformidad con lo expresado a la Corte Constitucional por la Directora Regional de Bienestar Familiar, el actor “se vinculó como Padre Comunitario en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, de la Vereda Riosucio Armonival. Hogar dependiente de la Asociación de Usuarios de Hogares de Bienestar, Corregimiento de los Anayes, municipio de El Tambo, Departamento del Cauca, el día 15 de enero de 1990”.

La misma Directora manifiesta que el actor viene realizando las siguientes funciones [...]:

- a. Organización y realización de actividades con grupos de niños; en las áreas de nutrición y salud, pedagógica y socioafectiva.
- b. Trabajo en grupos de familias para fortalecer la relación familiar y desarrollar el sentido de pertenencia y su vinculación en la práctica al mejoramiento de condiciones materiales.
- c. Colaborar con los programas preventivos que se desarrollan en la comunidad.

Es decir, el demandante tiene bajo su responsabilidad a un hogar comunitario. Además, de acuerdo con la planilla de becas, folio 3, el valor de la beca recibida por el actor corresponde al mismo de las madres comunitarias, suma que hasta enero de 1995 era de \$55.665,00 mensuales.

La Directora Regional también señala que el señor Mera Gutiérrez no es el único padre comunitario en la zona, ni en la regional, pues existen dos en la zona, y la regional tiene en total 27.

De acuerdo con lo anterior, se observa:

–El actor no es un monitor, sino un padre comunitario. En consecuencia, el concepto de la oficina jurídica del Instituto de Seguros Sociales no se refiere a él.

–El actor, como padre comunitario, según la información suministrada por Bienestar Familiar, desempeña las labores que han sido asignadas a las madres comunitarias.

–El actor fue seleccionado por la asociación de hogares comunitarios en la misma forma como se selecciona a las madres comunitarias, es decir, porque reúne las características que se exigen en el programa para tal desempeño.

–El actor ha venido recibiendo mensualmente, por concepto de beca, una suma de dinero igual a la que reciben las madres comunitarias.

En conclusión, el actor tiene derecho a gozar de las mismas prerrogativas que se le otorguen a las madres comunitarias. A situaciones iguales, se debe dar un trato igual, pues de lo contrario se viola el derecho a la igualdad, de que trata el artículo 13 de la Constitución, especialmente en lo que se refiere a que todas las personas recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, sin discriminación por razón de su sexo. Y a que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

Pero para la decisión a adoptar, es necesario estudiar qué es lo solicitado por el actor y si éste tiene otro medio de defensa judicial.

[...]

Lo que solicita el demandante

El demandante solicita que el Instituto de Seguros Sociales acepte su afiliación para el seguro de enfermedad general y maternidad, EGM, en forma subsidiada, tal como

el Instituto lo ha hecho con las madres comunitarias, dado que él se desempeña en un hogar de bienestar, como padre comunitario. El Instituto, como ya se dijo, se negó a hacerlo por las razones ya expresadas.

Pero, ¿en qué consiste el seguro por él pedido, especialmente en lo referente a maternidad?

Se necesita precisar este tema, pues el *ad quem* consideró que el actor podría, si estuviera permitido a los de sexo masculino, afiliarse al seguro por enfermedad general, “pero por obvias y evidentes razones no podría quedar amparado ni ser afiliado al seguro por maternidad”.

Al parecer, el Tribunal considera que el seguro de maternidad sólo cobija a las afiliadas, pero, esta interpretación, es equivocada, pues, según el decreto 770 de 1975, que aprobó el acuerdo 536 de 1974, expedido por el Consejo Directivo de los Seguros Sociales, y reglamentó el seguro de enfermedad general y maternidad, cuando se trate de afiliado, el seguro cobija a su esposa o compañera permanente, en los siguientes términos.

Artículo 19. La esposa del asegurado que hubiere cotizado un mínimo de cuatro (4) semanas, tendrá derecho a las prestaciones asistenciales previstas en caso de maternidad. A falta de esposa, tendrá derecho a las mencionadas prestaciones la mujer con quien el asegurado esté haciendo vida marital, siempre que sean solteros y que la compañera hubiere sido inscrita en el Seguro Social con ocho (8) meses de anticipación, por lo menos a la fecha de la iniciación del reposo prenatal. Este último requisito no se exigirá cuando se compruebe la existencia de hijos comunes.

En síntesis, el seguro de enfermedad general y maternidad es un seguro que cobija a hombres y mujeres.

Cuestiones a debatir

Las sentencias incluidas en esta sección revelan cómo el argumento de la igualdad puede ocultar las razones materiales que justifican el tratamiento desigual. En el caso de la protección de las mujeres cabeza de familia, el tratamiento especial ha sido justificado, principalmente, por la enorme vulnerabilidad de este grupo de mujeres. El fallo de la Corte no contempla el hecho de que los “padres cabeza de familia” no son igualmente vulnerables, pues los mercados laborales los favorecen con mejores salarios y más oportunidades, y además el mercado romántico les ofrece más oportunidades de encontrar una nueva pareja —en esto también las mujeres se encuentran en desventaja—. En el caso de la protección a las madres comunitarias, se deja de lado el hecho de que este espacio laboral fue autogestionado por mujeres de los grupos más desfavoreci-

dos, como una manera de empoderamiento mediante la solidaridad. Es difícil pensar en los hombres como en personas necesitadas de este tipo de oportunidades laborales.

Sin embargo, uno podría preguntarse si el tipo de asistencialismo que propugnaban las normas demandadas, el mismo que reproducía a la familia como orden natural, era una opción libre de costos. El énfasis en la necesidad de que las madres cuiden personalmente a sus hijos, por ejemplo, parecería reforzar la idea de que la mejor manera de criar es con el contacto personal e individualizado. El énfasis en que sean los padres —o madres— de familia los que garanticen la supervivencia económica de los hijos, por otra parte, refuerza el papel de la familia a la hora de garantizar el bienestar de los individuos, con las consecuencias que esto tiene para la redistribución de los ingresos.

Preguntas

1. ¿Cómo cree que podría sostenerse el argumento de que en los casos estudiados por la Corte colombiana no se discriminaba a los hombres?
2. ¿Cuál cree usted que es el costo que tiene para las mujeres el que se afirme que los hombres están en la misma situación de desprotección?
3. ¿Qué mujeres se verían más beneficiadas con las medidas legislativas demandadas y cuáles podrían verse afectadas?
4. ¿Cree usted que los programas sociales orientados a fortalecer la familia contribuyen a reproducirla como un “orden natural”? ¿Qué problemas trae aparejados?

II. LA MATERNIDAD Y EL CUIDADO

Al contrario de las feministas liberales, las feministas culturales no creen que las mujeres deban buscar la igualdad formal con los hombres. Sostienen que éstas viven sus vidas y toman decisiones a partir de consideraciones y valores distintos a los de los hombres. El problema está en que esa forma de vida no tiene el mismo reconocimiento que la de los hombres.

En cuanto a la familia, las feministas culturales han enfatizado la necesidad de reconocer la maternidad como una opción de vida y de subrayar los valores femeninos del altruismo y la solidaridad manifiestos en la relación de las mujeres con sus hijos. En palabras de Robin West:

[...] el potencial de las mujeres para conectarse materialmente con la vida conlleva (ya sea directamente, como lo he señalado, o indirectamente, a través de la reproducción de la maternidad) un sentido de conexión con otras vidas humanas, fenomenológico y

psicológico, que a su vez involucra tanto un concepto de valor como un concepto de daño propio de las mujeres. [...] Para las mujeres, la creación de valor y el vivir una buena vida, por eso, dependen de respuestas relacionales, contextuales, cuidadosas y afectivas a las necesidades de aquellos que son dependientes y débiles [...].³⁸

Para las feministas culturales, los ordenamientos jurídicos existentes castigan la maternidad: le imponen altos costos a las mujeres que optan por ella, y no reconocen los valores del altruismo y la solidaridad, sino los del individualismo y la competencia.³⁹

El reconocimiento que las feministas culturales demandan para el modo de ver la vida de las mujeres incluye, por ejemplo, exigencias relacionadas con licencias de maternidad con duración de dos años o más,⁴⁰ con privilegios de las madres respecto de la custodia de los hijos⁴¹ y con la introducción de la “mirada femenina” en el análisis de casos.⁴²

Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos están lejos de materializar ese reconocimiento. En todos los países la maternidad es un privilegio, pero en ningún caso un derecho; esto es, las mujeres pueden ser madres, pero deben asumir todos los costos que el ordenamiento jurídico impone sobre los que no participan activamente en el mercado laboral.⁴³ Estos costos incluyen, particular-

³⁸ Robin West, “Jurisprudence and Gender”, 55 *University of Chicago Law Review* 1, 1988, p. 28 (traducción de la autora).

³⁹ Ver Robin West, “Jurisprudence and Gender”, *op. cit.*

⁴⁰ A partir de los trabajos de Bowlby, la idea de que la presencia continua de un cuidador es fundamental en los dos primeros años de vida, para que los niños establezcan un “apego seguro”, se ha vuelto un lugar común. Lograr un apego seguro, de acuerdo con esta teoría, contribuye a la autoestima y confianza en los demás, características fundamentales en las relaciones sociales. Ver Jude Cassidy, “The Nature of a Child’s Ties”, en Jude Cassidy y Phillip R. Shaver, eds., *Handbook of Attachment*, The Guilford Press, New York, 1999, pp. 3-20. Algunas feministas sostienen que dos años es insuficiente, dado que los niños sólo entran al sistema escolar a los cuatro o cinco años. Por esto, algunos países escandinavos ofrecen licencias de maternidad que se extienden hasta el comienzo de la escolaridad. Ver Arnlaug Leira, “Caring as Social Right: Cash for Child Care and Daddy Leave”, 5 *Social Politics* 362, 1998, y Barbara B. Bergmann, “Subsidizing Child Care by Mothers at Home”, *Working Paper Series*, Foundation for Child Development, septiembre de 1999.

⁴¹ Ver, por ejemplo, Martha Albertson Fineman, *The Neutered Mother, the Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies*, Routledge, New York, 1995.

⁴² Ver, en particular, Robin West, *Caring for Justice*, New York University Press, New York, 1997.

⁴³ Es importante recalcar aquí la diferencia entre privilegio y derecho propuesta por Hohfeld a principios del siglo XX. El autor, convencido de que las categorías de derecho y deber eran insuficientes para dar cuenta del tipo de relaciones suscitadas por el derecho, propuso que en lugar de este único par de categorías se tuviera en cuenta, además, los pares formados por privilegio y no derechos, potestad y responsabilidad e inmunidad e incapacidad. La distinción

mente, ver por el cuidado de los niños, lo que a su vez implica que la mujer deje de participar en el mercado laboral o contrate el servicio por precios inferiores a los que la madre obtiene por su trabajo en el mercado laboral. Estos costos no son cubiertos por las licencias de maternidad, que duran sólo entre tres y cuatro meses, y que apenas reconocen la incapacidad médica que sigue al parto.⁴⁴

Los valores del altruismo y la solidaridad, y las miradas contextuales, tienen de otra parte poca importancia en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. En los casos que involucra la custodia y cuidado personal de los niños, por ejemplo, los procedimientos son en gran medida ciegos a las especificidades contextuales, así como las respuestas sustanciales que el ordenamiento autoriza a los jueces a tomar.⁴⁵

El feminismo cultural, al igual que el liberal, ha sido duramente cuestionado. En primer lugar, se le critica el querer reivindicar como propios de las mujeres valores que éstas tuvieron que asumir en un contexto de opresión.⁴⁶ En segundo lugar, se señala que lo que las feministas culturales reclaman como propio de las mujeres no es distinto de lo que se ha defendido como la cultura propia de los africanos nativos, de los indígenas y hasta de los pobres.⁴⁷ Se indica que con su apoyo a la maternidad como forma de realización personal de las mujeres, las feministas culturales han estado muy cerca de avalar la maternidad como un hecho natural y a la familia como un orden natural.⁴⁸ Finalmente, el feminismo cultural ha sido criticado porque, en la práctica, su radicalización ha llevado a la defensa de proyectos segregacionistas que han fracasado.⁴⁹

básica entre un privilegio y un derecho está en que mientras el privilegio sólo garantiza el que otro no pueda oponer a él un derecho, el derecho garantiza que otro tiene un deber recíproco. En el caso de la maternidad, tener derechos implicaría que otros tengan deberes recíprocos. Implicaría, por ejemplo, que las mujeres infértiles pudieran exigir adoptar, como un derecho, o exigir la financiación de tratamientos conducentes a quedar en embarazo; que las mujeres que tienen hijos pudieran exigir financiación para su manutención y cuidado, entre otros. Ver, W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de Latinoamérica, Buenos Aires, 1968.

⁴⁴ Ver Luisa Cabal, Mónica Roa y Julieta Lemaitre, eds., *Cuerpo y derecho*, Temis, Bogotá, 2001.

⁴⁵ Ver los casos que se discuten en esta sección.

⁴⁶ Ver Catharine MacKinnon, "Difference and Dominance: On Sex Discrimination", *op. cit.*, y Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989.

⁴⁷ Ver, por ejemplo, Ann Fury, "Ideological Myths in Women's Liberation", *Everywoman*, diciembre 11, 1970.

⁴⁸ Ver Catharine MacKinnon, *Difference and Dominance: On Sex Discrimination*, *op. cit.*, y Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, *op. cit.*

⁴⁹ Ver Alice Echols, *Daring to be Bad*, *op. cit.*, y Janet Halley, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton University Press, Princeton, 2006.

En este tema, los casos más importantes son los relacionados con la custodia de los hijos y con el trabajo de las mujeres en sus hogares. Estos casos revelan dos problemas nucleares: la valoración de la maternidad, por una parte, y la valoración cultural del trabajo de cuidado, por otra.

A. PRIMER PROBLEMA: VALORACIÓN DE LA MATERNIDAD

Desde el punto de vista del feminismo cultural, la maternidad es una experiencia única para las mujeres, y así la debería considerar el derecho. En su opinión, la maternidad les da a las mujeres una perspectiva privilegiada sobre las necesidades de sus hijos y una capacidad inigualable para proveer estas necesidades. Por el contrario, los hombres, dada su materialidad y socialización, no tienen esa misma capacidad para conectarse o cuidar de los más débiles: conciben sus relaciones como entre iguales; deben estar regidas por derechos que aseguren la convivencia.⁵⁰

En cuanto a la custodia y al cuidado personal de los hijos, las feministas culturales reclaman por un lado que se privilegie a las madres cuando la custodia y el cuidado personal entran en disputa, pero también que se las proteja del eventual empobrecimiento que resulta de tener los hijos a cargo.⁵¹

En este sentido defienden la eliminación de los estándares generales sobre el “interés superior del menor” que, de una parte, dan vía libre a los prejuicios de los jueces sobre el modo como idealmente debería comportarse una madre⁵² y, de otra, obligan a las mujeres a aceptar negociaciones que afectan sus intereses

⁵⁰ Robin West, *Jurisprudence and Gender*, *op. cit.*

⁵¹ Los datos sobre divorcio en Estados Unidos muestran que en un 90% de los casos, la custodia de los hijos la retienen las madres; los padres no la disputan (Nancy D. Polikoff, “Why Mothers are Losing: A Brief Analysis of Criteria Used in Chile Custody Determinations”, 7 *Women's Rights Reporter* 235, 1982, p. 236), y que las mujeres, como consecuencia de esto, sufren serios detrimentos patrimoniales. Ver Martha Albertson Fineman, *The Neutered Mother, the Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies*, *op. cit.*; Robert Mnookin y Eleanor Maccoby, “Facing the Dilemmas of Child Custody”, 10 *Virginia Journal of Social Policy and Law* 54, 2002, y Joan Williams, “Do Women Need Special Treatment? Do Feminists Need Equality?”, 9 *Journal of Contemporary Legal Problems* 279, 1998. Ver también la larga lista de artículos citados sobre este punto en la primera nota de pie de página de Joan Williams, “Is Coverture Dead?”, 82 *Georgetown Law Journal* 2227, 1994.

⁵² Ver, por ejemplo, Nancy Polikoff, “Why Mothers are Losing: A Brief Analysis of Criteria Used in Chile Custody Determinations”, *op. cit.*; Frances Olsen, “The Politics of Family Law”, 2 *Law and Inequality* 1, 1984; Laura Sack, “Women and Children First: A Feminist Analysis of the Primary Caretaker Standard in Child Custody Cases”, 4 *Yale Journal of Law and Feminism* 291, 1991-1992.

económicos y los de sus hijos (la indeterminación del estándar representa un riesgo que no están dispuestas a asumir).⁵³

En su lugar, las feministas culturales reivindican el estándar del cuidador primario: éste reconoce la conexión entre el menor cuya custodia se disputa y el adulto que se ha hecho cargo de él en el pasado.⁵⁴ Aunque el estándar no determina que la custodia le sea entregada a la madre —generalmente ella ha sido el cuidador primario—, este estándar ofrece una mejor garantía a la continuidad de la relación entre madre e hijo.

La aplicación de este estándar en dos estados de los Estados Unidos, sin embargo, está lejos de satisfacer el reconocimiento que las feministas culturales demandan para la maternidad y la conexión de las madres con sus hijos en casos de custodia. Se critica específicamente la presencia de un criterio de exclusión en la cláusula: el que la madre sea “inadecuada”, pues esto se ha interpretado en perjuicio de las mujeres que trabajan algunas horas fuera de sus hogares, asignándole la custodia a hombres que trabajan aún más horas en el mercado laboral.⁵⁵

La preferencia de las feministas culturales por el estándar del cuidador primario ha sido criticada por reforzar las condiciones que llevan al empobrecimiento de las mujeres y por ser insuficiente para decidir la mayoría de los casos en los que la custodia es disputada. En efecto, algunas feministas señalan que el defender el estándar del cuidador primario, como algo que favorece a las mujeres, refuerza las ideas tradicionales de la maternidad y aliena aún más a los hombres de sus hijos. Esto trae como consecuencia que la maternidad se convierta en una carga para las mujeres y que los costos económicos que se derivan sean asumidos principalmente por las mujeres.

De otro lado, el estándar del cuidador primario no es útil cuando hay dos o más personas que han estado igualmente involucradas en el cuidado del menor o los menores cuya custodia se disputa. En estos casos, necesariamente, se termina acudiendo a expertos que determinan a quién quiere más el menor, con las consecuencias negativas que esto trae, o usando otros parámetros que refuerzan nociones tradicionales de la maternidad y la paternidad y que perjudican a las mujeres.

En Latinoamérica hay tres modelos vigentes sobre la custodia y el cuidado personal de los hijos. El primer modelo es el del interés superior del menor o

⁵³ Robert Mnookin y Eleanor Maccoby, “Facing the Dilemmas of Child Custody”, *op. cit.*, entre muchos otros.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

bienestar del hijo;⁵⁶ el segundo es el de la preferencia de la madre, salvo cuando exista alguna causa justificada que amerite que sea el padre quien tenga la custodia;⁵⁷ el tercero es el de la asignación de la custodia teniendo en cuenta la edad, sexo y causa probada de divorcio.⁵⁸

A pesar de estas diferencias, las decisiones sobre custodia y cuidado personal de los hijos plantean problemas similares. En este acápite se incluyen casos de conflictos entre padres y madres biológicas y entre padres adoptivos y madres biológicas. Los casos evidencian, en general, la importancia que tienen las calificaciones “morales” de la madre y la opinión de los hijos a la hora de determinar a quién corresponde la custodia. En este sentido, revelan la poca valoración del vínculo que establecen madres e hijos y de los valores del altruismo y la solidaridad que los informan.

Sin embargo, dos casos, uno de la Corte Constitucional de Colombia y otro de la Corte Suprema de Argentina, ilustran el aporte del feminismo cultural al debate sobre la custodia. En el primer caso, la Corte ordena a unos hijos renuentes a restablecer la relación con su madre mediante terapia, en reconocimiento y apoyo del argumento que sostiene que la relación de los hijos con la madre es central en su desarrollo. En el segundo caso, la Corte determina que, aunque la madre adoptiva de una niña —hija biológica de una mujer desaparecida en el régimen militar— debía renunciar a su custodia y cuidado personal, tendría derecho a visitas en reconocimiento al vínculo afectivo existente entre ambas.

Tribunal Constitucional de Bolivia

Miriam Rosa Villagómez Michel contra Ricardo Alarcón Pozo

21 de febrero de 2006

Problema jurídico

¿Se vulnera el derecho a la diferencia cultural de las mujeres cuando se le quita a una mujer la custodia de sus hijas por haber contraído matrimonio nuevamente y no se tiene en cuenta la opinión de la menor?

⁵⁶ Éste es el modelo dominante en la región. Ha sido acogido por las legislaciones de México (artículo 417 del Código civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal), Perú (artículo 92 del Código civil), Argentina (artículo 264 num. 2 del Código civil de Argentina) y Bolivia (artículos 145 y 146 del Código de familia), entre otros.

⁵⁷ Este modelo es el de la legislación chilena (artículo 225 del Código civil).

⁵⁸ Este modelo es el de la legislación colombiana (artículo 444 del Código de procedimiento civil).

Hechos

La recurrente perdió la custodia de sus hijas en virtud del recurso de apelación que presentó su ex cónyuge. En recurso de amparo constitucional alega que la decisión se basó en una indebida valoración de las pruebas por prejuicios de género, y que violó el debido proceso porque no tuvo en cuenta la opinión de la menor involucrada.

Decisión de la Corte

El Tribunal Constitucional decidió que la madre sólo podía interponer el recurso en nombre de su hija menor; que el recurso de amparo no podía ser utilizado para determinar si en el proceso se había dado una indebida valoración de las pruebas y la consiguiente violación del derecho de la hija menor al debido proceso por no haber tenido en cuenta su opinión en el procedimiento que llevó a asignar la custodia al padre.

Extractos

[...]

La recurrente denuncia que se vulneraron sus derechos y los de sus hijas a la capacidad jurídica, a la dignidad, a la seguridad jurídica, a la petición, a emitir libremente ideas y decisiones, así como a la garantía del debido proceso, pues los recurridos en apelación resolvieron conceder la tutela de sus hijas a favor de su ex cónyuge: a) sin existir ningún informe biopsíquicosocial, un informe psiquiátrico o alguna prueba de los supuestos malos tratos, de la baja autoestima de sus descendientes o de un supuesto rechazo de parte de sus hijas a su comportamiento como madre, por lo que la Resolución adoptada contiene conclusiones y afirmaciones falsas carentes de fundamento, basada en un prejuicio de género y estereotipos desvalorizadores por su condición de mujer divorciada, pues no se consideró que su relación con sus hijas es normal, que su nuevo matrimonio se produjo previa consulta con sus hijas y que el Juez de la causa fue la única autoridad que convocó a sus hijas a una audiencia privada en la que expresaron su deseo de continuar conviviendo con ella; b) sin que sus hijas hayan sido convocadas para pedir su opinión y decisión conforme el art. 103 del CNNA. Corresponde considerar si en la especie es viable otorgar la tutela pretendida.

[...]

Ahora bien, al circunscribirse la problemática planteada sobre la decisión asumida por los recurridos [...] y deliberando en el fondo dispuso la tenencia de las hijas de la recurrente a favor de su ex cónyuge, pretendiendo la actora a través de esta acción extraordinaria, se deje sin efecto dicha decisión de instancia, resulta necesario recordar que la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que en casos, como el presente, en el que se impugnan actos y resoluciones de las autoridades jurisdiccionales ordinarias y administrativas, no puede ingresar a valorar la prueba

producida durante el proceso, pues esa labor le corresponde a las autoridades jurisdiccionales ordinarias a cargo del mismo, ya que el recurso de amparo no es una instancia procesal más de revisión de resoluciones, excepto cuando existe certeza sobre la conculcación de derechos y garantías fundamentales reconocidos a favor de la persona; así en la SC 0096/2004-R, de 21 de enero, se expresó lo siguiente: “[...] el amparo constitucional no es una instancia procesal y por lo mismo, ‘no puede equipararse a esta acción extraordinaria a un recurso de apelación y menos, a un recurso de casación’, conforme ha reconocido la SC 1473/2003-R, de 7 de octubre”.

[...]

Ese razonamiento parte de la línea jurisprudencial establecida en la Sentencia Constitucional (SC) 1274/2001-R (al igual que lo expresado en las Sentencias Constitucionales (SSCC) 1366/2003-R, 1358/2003-R, 1333/2003-R), en la que se manifestó:

En consecuencia, una aparente, inadecuada o incorrecta valoración de la prueba, como arguye el recurrente, no puede ser calificada como una acción violatoria de la garantía del debido proceso; pues habrá de recordar que la valoración y compulsión de la prueba corresponde exclusivamente a los jueces que conocen la causa en sus diferentes instancias, facultad que debe ser ejercida conforme a las reglas de la sana crítica [...].

A este entendimiento se ha introducido, como excepción, los casos en los que resulta evidente que la prueba aportada ha sido ignorada por el juzgador o cuando la valoración realizada es arbitraria e irrazonable y no obedece a los marcos legales de razonabilidad y equidad, originando como lógica consecuencia la lesión a derechos y garantías fundamentales, conforme se ha establecido en la SC 0873/2004-R, de 8 de junio, en la que se expresó que:

[...] en los únicos casos que este Tribunal puede intervenir en la revisión de dicho análisis será cuando el juzgador se hubiera apartado de las previsiones legales que rigen el acto procesal como de los marcos de razonabilidad y equidad previsibles para decidir, si estos casos no se dan, esta jurisdicción no puede intervenir para dejar sin efecto la resolución [...].

[...]

En la problemática planteada se tiene de los antecedentes que informan el cuaderno procesal que dentro del proceso de divorcio seguido por la recurrente contra Fernando Montalvo Ocampo, se dispuso como medida provisional —que luego fue homologada por Sentencia—, la tenencia de las hijas de la recurrente a su favor; determinación que fue modificada por Auto de 17 de agosto de 2002, que dispuso que Claudia Vanessa y Daniela Fernanda Montalvo Villagómez, pasan a depender

de la guarda y custodia paterna con todos los efectos que señala el art. 258 del CF. Posteriormente previa audiencia de inspección ocular de la vivienda ocupada por las descendientes, su respectiva entrevista y a solicitud de la actora, por Resolución 41/2004, de 27 de febrero, el Juez Octavo de Partido de Familia ordenó que la hijas continúen viviendo en el inmueble de la zona de Los Pinos bajo la custodia de la madre, con el derecho de visita del progenitor para que ejerza el control correspondiente en forma irrestricta, con el ingreso al inmueble los días sábados y domingos, modificándose en este sentido la Resolución 207/2002, bajo el argumento de que si bien mediante dicha decisión judicial se dispuso que las hijas pasaran a depender de la guarda y custodia paterna, ellas en ese momento continuaban viviendo con la madre en el inmueble de la av. José Aguirre Acha 480 de la zona Los Pinos, por lo que velando el interés de las hijas, no existía una mejor opción que la de mantener a ambas en el referido inmueble.

Esta decisión fue apelada por ambas partes, mereciendo el Auto de Vista A-014/2005, de 10 de enero —ahora impugnado— a través del cual los vocales recurridos la revocaron y deliberando en el fondo resolvieron disponer la tenencia de las dos hijas, Claudia Vanessa y Daniela Fernanda Montalvo Villagómez, bajo el amparo y protección de su progenitor Fernando Montalvo Ocampo, en los términos y contenido determinados en la Resolución 207/2002, de 17 de agosto, argumentando que la referida decisión que dispuso la guarda y custodia paterna, hizo una responsable apreciación legal de los antecedentes que dieron lugar a la ruptura conyugal, con grave efecto de esta última, en la autoestima de las dos hijas; al extremo de que una de ellas, concretamente, Daniela Fernanda, hubiera mostrado su manifiesto rechazo al comportamiento de la madre, lo que generó un distanciamiento o fractura de las relaciones filiales entre las hijas y la progenitora; la nueva unión matrimonial de la madre con otro ciudadano ahondó mucho más las tensas relaciones madre e hijas, que por los datos que se tienen, de ninguna manera podrían mejorar, precisamente por la animadversión que sentían las descendientes hacia la persona del nuevo cónyuge; por lo que determinar en esas condiciones la tenencia de las hijas a favor de la madre, ciertamente era exponerlas a un medio ambiente en el que campearía el trato hostil, cuando no agresivo recíproco, obviamente con funestas consecuencias que tendrían que lamentarse posteriormente; concluyendo que el Juez de origen a tiempo de dictar la Resolución apelada, no evaluó ni valoró meditamente las causas y concausas que gravitaron en el entorno familiar, ni se sujetó a la normativa familiar que rige para el caso expreso, correspondiendo efectuar las enmiendas que aseguren y garanticen la salud mental y psicológica de las hijas.

De donde resulta, que para dar lugar a la pretensión de la actora, respecto al contenido y fundamentos de la decisión impugnada, este Tribunal tendría que ingresar a revisar y analizar los elementos probatorios y criterios asumidos por los vocales recurridos a tiempo de dictar el Auto de Vista A-014/2005, de 10 de enero y realizar una

nueva valoración de los mismos, toda vez que la recurrente acusa que las autoridades demandadas basaron su decisión en conclusiones y afirmaciones falsas carentes de fundamento, basada en un prejuicio de género y estereotipos desvalorizadores por su condición de mujer divorciada, desconociendo la actora que el Tribunal Constitucional no puede pronunciarse sobre cuestiones que son de exclusiva competencia de los jueces y tribunales ordinarios y administrativos previstos por el ordenamiento jurídico, menos atribuirse la facultad de revisar la valoración de la prueba que hubieran efectuado esas autoridades, toda vez que sólo se abre el ámbito de protección cuando resulta evidente la vulneración de derechos y garantías, que pueden darse, entre otras, cuando la prueba aportada ha sido ignorada por el juzgador o cuando la valoración realizada es arbitraria e irrazonable, lo que en este caso no acontece, ni ha sido demostrado por la recurrente, circunstancia que imposibilita a este Tribunal analizar el contenido y los fundamentos de la Resolución impugnada.

[...]

No obstante lo establecido precedentemente, corresponde compulsar el segundo motivo que origina el presente recurso, es decir, la falta de convocatoria de las autoridades judiciales demandadas a la hija menor de la recurrente, teniendo en cuenta lo establecido en el Fj. III.1 de la presente Resolución respecto a la hija mayor. En ese entendido, el art. 103 del CNNA señala: “El niño, niña o adolescente que esté en condiciones de emitir un juicio propio, tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, por los medios que elija y a que se tome en cuenta sus opiniones”. Este derecho también se encuentra reconocido en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Bolivia mediante ley 1152, de 14 de mayo de 1990, que señala:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Norma internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad, a decir de la SC 0220/2005-R, de 15 de marzo, que señala:

[...] es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos asegurando a todas las personas el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales proclamados por la Constitución, los tratados, convenios y con-

venciones suscritos y ratificados por el Estado como parte del bloque de constitucionalidad, así como las leyes ordinarias.

Respecto a estas dos disposiciones cabe señalar que todas las personas tienen el derecho para expresar su opinión cuando las decisiones que se toman afectan directamente sus vidas, derecho que obviamente también corresponde a los niños y adolescentes al ser también personas. Ahora bien, ambas disposiciones imponen la obligación para que las autoridades que conozcan un proceso dentro del cual se defina la situación del menor, estimulen y permitan que los menores expresen su punto de vista en todos los asuntos que les sean relevantes, esto no implica, por supuesto, que debe pedirse a los niños que den su punto de vista cuando ellos no lo desean o no tengan interés en hacerlo.

[...]

En términos prácticos, una de las cuestiones a ser resueltas durante la tramitación del proceso familiar de divorcio es la situación de los hijos, al respecto el art. 196 de la CPE establece que: “En los casos de separación de los cónyuges, la situación de los hijos se definirá teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos [...]”, es así, que conforme el art. 389 del CF, una vez interpuesta la demanda, el juez determinará la situación circunstancial de los hijos teniendo en cuenta los aspectos expresamente señalados en la norma constitucional; problemática que también deberá ser resuelta en sentencia de acuerdo a los arts. 145 y 398 del CF.

[...]

En el caso de autos se tiene que por Auto 41/2004, de 27 de febrero, el Juez Octavo de Partido de Familia, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, dispuso que las hijas del recurrente continúen viviendo en el inmueble de la zona de Los Pinos bajo la custodia de la madre, con el derecho de visita del progenitor para que ejerza el control correspondiente en forma irrestricta; esta decisión fue apelada mereciendo el Auto de Vista A-014/2005, de 10 de enero por la cual los vocales recurridos revocaron la Resolución y deliberando en el fondo resolvieron disponer la tenencia de las dos hijas, Claudia Vanessa y Daniela Fernanda Montalvo Villagómez, bajo el amparo y protección de su progenitor Fernando Montalvo Ocampo; sin embargo, de los antecedentes procesales y del informe prestado por uno de los vocales recurridos, se tiene que la decisión del Tribunal de alzada fue adoptada sin escuchar previamente la opinión de la menor Daniela Fernanda Montalvo Villagómez —descendiente de la recurrente—, en desconocimiento de la norma contenida en el art. 103 del CNNA, omisión de parte de los recurridos que efectivamente vulnera su derecho a la libertad de expresión y opinión, circunstancia que determina la procedencia del presente recurso con relación a esta particular problemática.

De lo analizado se concluye que el Tribunal de amparo al haber concedido el recurso, ha realizado una correcta aplicación del art. 19 de la CPE.

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-523 de 1992

Problema jurídico

¿Se viola el derecho a la diferencia cultural de las mujeres cuando un juez refrenda la decisión de unos menores de no visitar más a su madre?

Hechos

Pasados dos años del divorcio de sus padres, dos de los tres hijos de la pareja deciden no seguir visitando a su madre en la ciudad donde ella tiene su residencia. Los jueces de conocimiento reducen los derechos de visita de la madre conforme con la petición de los menores.

Decisión de la Corte

La Corte ordena que para proteger los derechos de la familia, el juez ordene que sus miembros se sometan a una terapia adecuada para lograr acuerdos básicos que solucionen sus conflictos, eviten la ruptura total de su unidad, pongan término a la actual escisión en el proceso educativo afectivo de sus hijos comunes y favorezcan la estabilidad emocional y la tranquilidad de todos sus miembros. El juez deberá también ordenar que el señor YY y la señora XX sometan a su aprobación un proyecto conjunto de régimen de visitas que satisfaga las exigencias de la equidad, la unidad familiar, los poderes-deberes de los padres, las nuevas circunstancias imprevistas y los derechos de sus hijos comunes.

Extractos

[...]

En su demanda de tutela la peticionaria afirma que el régimen de visitas decretado por la Juez Tercera Promiscua de Familia de Popayán viola, entre otros, sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad sustancial y el libre desarrollo de su personalidad, en su condición de mujer y madre.

De otra parte, los expertos consultados han formulado reparos a dicho régimen desde el ángulo concreto de la equidad e igualdad y de su impacto negativo en la agravación de la crisis familiar.

En diversas oportunidades esta Corte se ha pronunciado sobre la noción, características y alcance de los derechos que la peticionaria estima vulnerados, razón por la cual estima adecuado reiterar su doctrina.

En materia de igualdad, ella no tiene el carácter de algo simplemente formal frente a las disposiciones generales y abstractas de la ley sino que el artículo 13 de la Carta pretende lograr una igualdad material. Por lo tanto,

[...] ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.

Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas, ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano.

Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se deben adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, y proteger especialmente aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta, como afirma el artículo 13 en sus incisos 2° y 3°.

En el caso sub-lite el derecho de igualdad de la peticionaria resulta vulnerado por cuanto el régimen de visitas no se compadece con su condición de titular conjunta de la potestad parental de sus hijos menores y la frecuencia y condiciones de las visitas —agravadas por la distancia que media entre su hogar y el actual domicilio de su dos menores— impiden en alto grado que la madre biológica pueda tener un control efectivo sobre la educación de su prole y colaborar eficazmente a su desarrollo emocional.

De otra parte, es obvio que si las actuales condiciones persisten, la figura materna habrá de desdibujarse en la mente de los hijos cuya tenencia ha sido deferida al padre, en la misma medida que la niña menor verá desaparecer día a día la figura de su progenitor distante.

[...]

Obran en el expediente pruebas de la forma como el régimen de visitas obstaculiza el adecuado desarrollo de la personalidad de la peticionaria por cuanto él ha venido estimulando en la práctica un alejamiento de su presencia física y emocional, frente a sus hijos.

Es claro, por tanto, el desconocimiento que se hace de su voluntad de realizarse como madre, enmarcada dentro de los límites de los derechos de los demás y el orden jurídico que regula y protege la familia.

Con todo, esta Corte estima oportuno señalar que cuando el libre desarrollo de la personalidad se proyecta en el ámbito de la familia y, específicamente, en la función

de prolongar la especie, su ejercicio debe ser plenamente compatible con los intereses de la institución que atrás se han indicado, comoquiera que esta dimensión es un claro poder-deber que la Carta vigente reconoce y protege el cual, por su naturaleza, no puede quedar librado a los dictados exclusivos —a veces caprichosos— del ego individual.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
S.S. contra D.R.M. de G.
5 de septiembre de 1989

Problema jurídico

¿Se viola el derecho a la diferencia cultural de las mujeres cuando, para proteger los derechos de una abuela biológica —en caso de haber sido la madre biológica desaparecida por un régimen militar— se desconoce el vínculo afectivo entre la madre adoptante y la hija adoptiva?

Hechos

Comprobada la relación de sangre entre D.R.M. de G., abuela biológica, y la menor adoptada por S.S., quien sabía que la madre biológica de la menor había sido desaparecida por el régimen militar, la Cámara Nacional de Apelaciones revocó la guarda provisional que tenía S.S. respecto de la menor para entregarla a D.R.M. de G. La Cámara Nacional de Apelaciones no tuvo en consideración las condiciones biopsicosociales de la menor ni su deseo de permanecer con S.S.

Decisión de la Corte

La Corte anula el procedimiento adelantado ante la Cámara Nacional de Apelaciones por vulneración del debido proceso y aclara que aunque la guarda de la menor en últimas recaerá en sus parientes de sangre, debe darse a quien fuera la madre adoptiva derecho a visitar a la menor por el vínculo afectivo existente entre ellas.

Extractos

Considerando:

1º) Que contra la resolución de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que, al revocar lo resuelto por el juez de primera instancia, hizo lugar al pedido de cambio de guarda provisoria de la menor R. P. S. impetrado por la querellante en la causa principal, señora D. R. M. de G., interpuso recurso extraordinario la señorita, S. S., procesada en dicha causa y madre adoptiva de la niña, el que fue concedido.

2°) Que el *a quo* estimó que en el auto de prisión preventiva firme dictado contra S. S. se estableció, con el grado de certeza propio de dicha medida cautelar, que la nombrada sería autora del delito de retención y ocultamiento de un menor de diez años (artículo 146 del Código penal), cometido en perjuicio de la incapaz de cuya guarda se trata. Por otra parte, sostuvo que los elementos de juicio incorporados a la causa no permitían dudar que la menor era hija de M. G. de V. y nieta de D. R. M. de G., a quien asiste por ello derecho a la guarda, habida cuenta de la desaparición de sus padres, y de la carencia de derecho de S. S. para retenerla, toda vez que el título legal que pretendía ostentar de madre adoptiva lo había logrado mediante engaño. En cuanto a las opiniones de la delegada judicial y del coordinador del área psicológica, así como a las manifestaciones en contrario de la menor, declaró que ellas no podrían prevalecer frente a dicha situación jurídico-legal, que impone reconocer la verdadera identidad de la menor y la convivencia con su familia de sangre.

3°) Que la recurrente aduce que el *a quo* no atendió a los deseos manifestados por la niña, ni a los dictámenes de la delegada judicial de la Prosecretaría de Patronato de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, del psicólogo de esa misma oficina, ni a lo manifestado por la Asesora de Menores del Departamento Judicial de Morón. Agrega que tampoco tuvo en cuenta la medida de no innovar respecto de la guarda dictada por el juez de dicho Departamento.

4°) Que, además, sostiene que hasta tanto no se decrete la nulidad de la adopción, ella ocupa el lugar de madre de la menor, y destaca que la adopción plena extingue los vínculos con la familia de sangre. Añade que la prisión preventiva que se decretó en su contra no causa instancia, y que, como toda procesada, goza de la presunción de inocencia; que la Cámara efectuó un claro prejuzgamiento, y que la querellante no estaba legitimada para apelar la resolución del juez de primera instancia por la cual se mantenía la guarda de la menor a favor de la recurrente. Señala que este planteo fue efectuado en su oportunidad ante la Cámara, que no lo contestó, razón por la cual la resolución recurrida es nula.

5°) Que, durante el trámite impuesto a la apelación federal, esta Corte celebró una audiencia de conocimiento de la menor con el objeto de indagar su situación personal y familiar (confr. fs. 498), escuchó a las personas que litigan por su guarda, incorporó informes psicosociológicos producidos por los delegados inspectores de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (fs. 500/526) y dio vista al señor Defensor Oficial, quien la contestó a fs. 531/539. En este último escrito, el representante del Ministerio Público de Menores asumió la intervención que por ley le corresponde (arts. 59 y 493 del Código civil y 4° de la ley 10903), señalando la omisión en que se incurrió sobre el particular en las instancias anteriores y que sería una de las causales de nulidad que invalidarían el trámite impuesto al incidente, cuya declaración expresamente solicitó. Además, señaló que si por disposición del art. 19 de la ley 10903 sólo son parte en los incidentes tutelares los padres o tutores

del menor dispuesto y el Ministerio Pupilar, de adverso carecen de legitimación el querellante en la causa principal y el fiscal, sin que pueda argumentarse respecto de este último “que su intervención es necesaria, a fin de garantizar la recta aplicación de la ley, desde que esta finalidad se encuentra suficientemente resguardada con la intervención del representante tutela”. Como consecuencia de la nulidad pretendida —que, a juicio del señor Defensor Oficial, debería alcanzar a la primera disposición de la menor adoptada a fs. 991 de los autos principales y fs. 6 de este incidente, mas no a los informes emanados de la Prosecretaría de Patronato de la Cámara *a quo*— el representante pupilar entendió que correspondería, de recibirse favorablemente su solicitud, que el juez de primera instancia decidiese “respecto de la tenencia de la menor citada, ajustándose a pautas de convivencia futura, con uno u otro grupo familiar, lo que necesariamente supone determinar asimismo un régimen de visitas equitativamente aplicado que consulte los intereses de la niña”. Postuló el Ministerio Pupilar que, hasta tanto se discierna la guarda por el juez, la menor sea restituida a la madre adoptiva, estableciéndose al mismo tiempo “un amplio régimen de visitas a favor de la Sra. de G., pues mi pupila debe conservar y afianzar los vínculos afectivos existentes con respecto a ambas familias (arg. art. 376 bis del Código civil)”. Señaló asimismo el representante de dicho Ministerio que en el *sub examine* se dispuso el cambio de guarda, de la madre adoptiva a la abuela aparente, sin que existiesen constancias que determinaran que la menor se encontraba en “grave peligro para su salud física o moral que hiciera necesario el dictado de esa disposición tutelar”. Indicó además que, sin que se hubiesen configurado los supuestos de “abandono material o moral o peligro moral” especificados por el art. 21 de la ley 10903, se dictó esa medida tutelar que resulta arbitraria tanto por ello, como porque tampoco tuvo en cuenta los informes de los delegados judiciales, en el sentido de que resultaba conveniente a los intereses de la menor no alterar la guarda provisoria, y hasta sus propias manifestaciones.

6°) Que en el *sub examine* cabe hacer excepción al principio que establece que las decisiones referentes a la tenencia provisoria de menores no configuran sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario, habida cuenta de que en las especialísimas circunstancias de esta causa podría configurarse un gravamen a la salud y a los intereses de la incapaz, de imposible o insuficiente reparación ulterior (causa E.302.XXI., “Echeverría de Villalba Díaz, M. del Carmen de Villalba Díaz, Jorge Luis sobre divorcio Art. 67 bis”, resuelta el 13 de mayo de 1988, y su cita).

7°) Que la lectura de las actuaciones con el objeto de examinar los agravios expresados en el recurso extraordinario que trajo aquéllas a conocimiento de esta Corte, pone al descubierto una actividad procesal formalmente defectuosa de tal entidad que, más allá de los vicios que pudieren descalificar a la resolución apelada con arreglo a la doctrina del Tribunal sobre arbitrariedad de sentencias, afecta la validez misma de su pronunciamiento, circunstancia que debe ser atendida y declarada

con antelación al tratamiento de las cuestiones planteadas por el recurrente. Ello tanto más cuanto que algunas de las anomalías han sido puestas de manifiesto por el Defensor Oficial, quien ha solicitado su condigna sanción. En efecto, si bien es doctrina de esta Corte que sus sentencias deben limitarse a lo peticionado por las partes en el recurso extraordinario (fallos: 297: 133; 298: 354; 302: 346, 656; 306: 2088, entre muchos otros), constituye un requisito previo enlano de su función jurisdiccional el control, aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público (confr. doctrina de la causa: R.227.XXII., “Rodríguez Soca, Eduardo Manuel (U. 2) s/ acción de hábeas corpus”, resuelta el 25 de abril de 1989, considerando 9º, y sus citas), toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional, no podría ser confirmada por las sentencias ulteriores (fallos: 183: 173; 189: 34); y aun cuando se entendiese que alguno de los vicios acarrearían una nulidad sólo relativa, el expreso pedido del Ministerio Pupilar hace insoslayable su declaración.

[...]

Que la ley 10903 de “Patronato de Menores” dispone que los jueces del crimen

[...] ante quienes comparezca una persona menor de 18 años [...] como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral [...] Podrán también dejarlos a sus padres, tutores o guardadores bajo vigilancia del tribunal (art. 14).

La misma ley establece que solamente los padres o tutores de los menores dispuestos tienen aptitud para interponer recursos (art. 19). Por su parte, las normas reglamentarias para la aplicación de las leyes 10903 y 22278 en los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, aprobadas por acordada N° 28, del 29 de agosto de 1980, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, determinan que, después de recibir las actuaciones, el juez

[...] deberá disponer del menor [...] víctima del hecho que la ley reputa delito (art. 1º, párrafo segundo, ley 22278), quedando el mismo bajo su vigilancia exclusiva y necesaria (art. 3º, ley 22278). Cuando se dispusiera en esta forma preventiva, se desglosarán del proceso los informes a los cuales se refiere el artículo 4º de las presentes normas, antecedentes de aquél y de sus padres, guardadores o grupo conviviente, partida o constancia de nacimiento o inscripción del mismo, dejando las notas necesarias en el principal, y con ello se formará el expediente de disposición tutelar que será “secreto” y, salvo con respecto a la aplicación de las leyes 10903 y 22278, no podrá ser invocado en otro juicio [...] (art. 5º).

A su vez, el art. 59 del Código civil establece que

[...] a más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden, o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación (concs. arts. 494 y ss. del Código civil).

Y el art. 4° de la ley 10903 prescribe que “el patronato del Estado nacional o provincial se ejercerá por medio de los jueces nacionales o provinciales, con la concurrencia del Ministerio Público de Menores [...]”. El Tribunal ha tenido ocasión de expedirse en salvaguarda de tales principios (fallos: 305: 1945) y especialmente en materia penal, a los efectos de la aplicación de la ley 10903, ha reconocido la intervención de dicho Ministerio en el precedente registrado en fallos: 279: 170, afirmando que la función de representación tutelar la cumplen en los tribunales federales —sean de la Capital o interior— los defensores de pobres —que también lo son los incapaces y ausentes— que ante ellos se desempeñan.

[...]

Que el juego, armónico de las normas transcriptas en el considerando anterior y habida cuenta de que propenden a la protección integral de los menores, lo que permite afirmar su finalidad eminentemente tuitiva, resulta que, para coadyuvar el cumplimiento de esa finalidad, el reglamento de la Cámara de la que depende el juez interviniente dispone el carácter secreto del expediente de disposición tutelar y que en dicho expediente sólo pueden ser parte los padres o tutores de los menores dispuestos y el representante tutelar del Ministerio Público de Menores, quienes son los únicos legitimados para interponer recursos. No puede seguirse como consecuencia de esta interpretación menoscabo alguno a los derechos que pudieren asistir a las demás partes en el proceso principal, pues el objeto del presente incidente es el resguardo de la salud física y moral de la menor que eventualmente pudiere ser víctima de un delito (art. 14 de la ley 10903), y no la discusión sobre cuestiones referentes a su filiación u otras de naturaleza civil, las que deberán resolverse, en el caso de ser planteadas, en la sede judicial correspondiente. Para lo que interesa al caso, debe resaltarse que la menor R. P. S. es hija adoptiva de S. S. en virtud de una sentencia de adopción plena que, de acuerdo con la ley sustituye a la filiación de origen, y extingue el parentesco con los integrantes de su familia de sangre (ley 19138, art. 14) y tal situación, como se ha señalado, no puede ser modificada en este legajo, sino por la vía civil pertinente.

[...]

Que, asimismo, el estudio de las actuaciones tutelares permite advertir al Tribunal la existencia de los siguientes vicios:

a) No se ha dado al Ministerio Público Tutelar de Menores la intervención que, en su calidad de parte necesaria, le adjudican las normas transcritas en el considerando 4°.

b) En cambio, se ha permitido la actuación como partes de este incidente tutelar a quienes no cuentan con legitimación legal para serlo, como es el caso de la querellante en los autos principales, su asistencia letrada y profesionales de parte designados por ellos, quienes presentaron los escritos [...] Cabe hacer notar al respecto, que estas intervenciones no se limitaron a formular manifestaciones u opiniones, sino que incluyeron el pedido de cambio de guarda provisoria (fs. 20), que es el que dio origen a que las actuaciones llegaran hasta esta Corte; así como también la interposición de apelaciones que fueron concedidas [...] el ofrecimiento de perito de parte, que finalmente dio como resultado la incorporación al expediente de los informes producidos por profesionales designados por la querellante [...] la oposición a un régimen de visitas para la madre adoptiva [...] y la actuación como contraparte en las apelaciones [...]. Además, se ha conferido intervención al Fiscal, que no es parte en este tipo de expedientes en los que el orden público está resguardado, conforme a la exigencia de la ley, por el Defensor de Pobres, Incapaces y Ausentes ante los Tribunales Federales [...]

c) Se ha transgredido el carácter secreto de las actuaciones, no solamente al darle intervención a las personas mencionadas en el punto anterior, sino también con la autorización de la profusa extracción de fotocopias del incidente [...] En este sentido, es necesario resaltar, por su gravedad, lo expresado por el juez de primera instancia en su resolución de fs. 138, ante un planteo de la madre adoptiva respecto del carácter secreto de las actuaciones, en la cual, fundándose en un reglamento extraño al de su fuero, y contraviniendo las expresas y más rigurosas disposiciones de este último, manifestó:

[...] la disposición genérica del art. 179 del Reglamento para la jurisdicción en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, adoptado para este Fuero Federal, admite soluciones intermedias entre el secreto estricto del expediente de disposición y su libre consulta, siempre teniendo en cuenta los intereses del menor dispuesto [...].

d) Con arreglo a lo expuesto en el considerando anterior, toda vez que sólo tienen el carácter de parte en este incidente de disposición tutelar los padres o tutores de los menores dispuestos y el representante tutelar del Ministerio Público de Menores, el juez no debió dar trámite al escrito de fs. 20; en consecuencia, no debió resolver

como lo hizo a fs. 33, ni conceder el recurso de fs. 48 (fs. 49) en virtud del cual la Cámara emitió, habilitando incorrectamente su competencia devuelta, el fallo que es materia del recurso extraordinario.

11) Que los vicios mencionados revisten gravedad suficiente como para que esta Corte haga uso de las facultades de excepción que empleó en casos similares habida cuenta de que en el *sub lite* ha mediado violación a la garantía constitucional del debido proceso (fallos: 234: 233; 305: 1945; 308: 1972 y sus citas; causas C.257. XXI. “Cardozo, Miguel Óscar”, resuelta el 9 de enero de 1987; M.361.XXI. “Magui Agüero, Ciriaco” de 1 de diciembre de 1988; R.227.XXII “Rodríguez Soca, Eduardo Manuel” del 25 de abril de 1989, entre otros), y anule las siguientes actuaciones [...] Asimismo, deberá el señor juez de primera instancia adoptar el mismo temperamento respecto de todas aquellas actuaciones complementarias labradas con posterioridad al envío de la causa a la Cámara de Apelaciones y que padezcan de los mismos vicios que motivan la nulidad de las piezas arriba indicadas. Por otra parte, de persistir los motivos que dieron lugar a la intervención de la Secretaria de Estado de Desarrollo Humano y Familia [...] conviene hacer presente al magistrado que para cumplir las medidas tutelares que deban realizarse dentro y fuera de la Capital Federal, pondere lo establecido en el art. 11 —primera parte— de la ley 22278, atento el carácter de regla general que a tales fines posee dicha norma.

12) Que aun cuando varias actuaciones deban anularse y jurídicamente se las tenga como si nunca hubieran existido, no es posible retrotraer completamente la situación jurídica de la menor tomando únicamente en cuenta el estado físico y emocional en que ella se encontraba antes del dictado [...] sin atender a los hechos ocurridos desde entonces. A ese respecto y al resolver nuevamente sobre el punto, deberá tenerse especialmente en cuenta lo resuelto por el Tribunal en el sentido de que este tipo de cuestiones han de ser juzgadas de acuerdo con la verdad objetiva y los intereses del menor, y resueltas sin descuidar lo que resulte mejor para su persona y desarrollo espiritual, mental y psicológico (causa: V. 250.XXI., “Vázquez, Osvaldo Fermín contra Quadraroli de Vázquez, Graciela Mónica”, resuelta el 17 de setiembre de 1987).

13) Que, tampoco podrá ignorarse que, desde que se dispuso provisoriamente de la menor en favor de su madre adoptiva, en virtud de la resolución que debe anularse (fs. 6/8), ha transcurrido más de un año; y que de ese tiempo, más de la mitad lo ha pasado con la señora D. R. M. de G. y con quienes presumiblemente sean sus parientes de sangre, en virtud de la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que, por contener los defectos formales insanables descriptos en los considerandos anteriores, también ha de ser invalidada.

14) Que, las particularísimas características de este tipo de incidentes, donde lo que debe prevalecer, como se ha dicho, son los intereses del menor, hace indispensable

que el Tribunal llamado a decidir examine los nuevos elementos precedentemente mencionados, de modo tal que las nulidades decretadas por esta Corte no ocasionen, al mismo tiempo un perjuicio a la niña que no sea susceptible de reparación en el futuro o, en otras palabras, que al restablecerse el orden público se ponga en peligro precisamente aquello que está mandado a resguardar.

15) Que, en este sentido y sin perjuicio de la evaluación de todas las circunstancias del caso que se han referido en anteriores considerandos, habrán de merecer consideración aquellas otras —señaladas anteriormente por esta Corte al tratar la situación de menores adolescentes— que suelen producir los cambios en la tenencia provisoria, tales como el replanteo de conflictos de adaptación al medio, con sus secuelas de angustias y desorientación, y la pérdida de valores que pudo haber adquirido el menor en su situación actual (confr. doctrina de la causa: E.302.XXI. “Echeverría de Villalba Díaz, M. del Carmen el Villalba Díaz, Jorge Luis s/ divorcio Art. 67 bis”, resuelta el 13 de mayo de 1988). Al respecto, la consulta a la voluntad y deseo de la niña, dada su edad, serán ponderados siguiendo las pautas fijadas en la causa mencionada, en procura de que sus legítimos afectos —tanto los que demuestra por su familia adoptiva como de sangre— se vean fortalecidos y armonizados. En consecuencia, si bien en un miembro de una de esas familias deberá recaer necesariamente la guarda, la resolución que sobre el punto se dicte habrá de asegurar a la otra parte el derecho de comunicarse libremente con la menor en cualquiera de las formas posibles, derecho que se manifiesta especialmente en la facultad de visita, acerca de la cual deberá fijarse un amplio régimen, atendiendo a las obligaciones escolares de la niña, a la distancia entre los domicilios de los interesados y a sus posibilidades económicas.

Corte Constitucional de Colombia **Sentencia T-278 de 1994**

Problema jurídico

¿Se viola el derecho de las mujeres a ver valorada su diferencia cultural cuando a una madre biológica se le niega la recuperación de la guarda de su hija por tener ella ya “varios hijos de padres diferentes”?

Hechos

La madre de Diana Patricia Gutiérrez Útima había entregado su hija a una pareja para que cuidaran de ella. De esto hacía cinco años. Luego de que la madre biológica dirigiera una petición a los funcionarios competentes, se tomó la decisión de devolverle a la niña de 10 años. La niña, alegando que sus derechos fueron violados, exige que se le permita permanecer con sus padres adoptivos.

Decisión de la Corte

Ordena que la menor sea devuelta a la pareja con la que estuvo los últimos cinco años mientras un juez resuelve de fondo la situación de la niña.

Extractos

[...]

Conclusión

Debe concluirse entonces, que para proteger la institución familiar, la Carta Fundamental de 1991 ha elevado a canon constitucional su unidad como principio esencial. Esta consagración trasciende luego en el derecho prevalente de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, ya que constituye el ambiente natural para su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos.

Lo anterior significa, por su parte, que el Estado debe hacer realidad el mandato constitucional de que los niños tengan una familia, para lo cual deberá abstenerse de decretar medidas que agudicen el deterioro de las relaciones entre sus miembros. En consecuencia, los jueces y demás funcionarios deben ofrecer toda su colaboración para que las familias puedan encontrar soluciones justas y equilibradas, razonables y pacíficas que marginen a los niños de sus conflictos y favorezca su desarrollo integral.

Del caso concreto

Concluye la Sala con fundamento en los documentos y pruebas que obran en el expediente que:

- a) Desde la edad de los cinco (5) años, la menor Diana Patricia Gutiérrez fue entregada por su madre al matrimonio Vargas Bedoya, quienes desde ese momento hasta la fecha, cuando la menor tiene diez (10) años de edad, le han proporcionado de manera permanente e ininterrumpida —salvo por el lapso de los quince (15) días en que estuvo en poder de su madre en virtud de una decisión proferida por la Defensora de Familia del Centro Zonal N° 11 [de] Engativá—, la atención, protección y cuidados necesarios para su crianza, sostenimiento, educación y formación integral.
- b) La menor se siente plenamente realizada como persona al lado de la familia Vargas Bedoya, quienes se constituyen para ella en su verdadera y única familia, por cuanto es allí donde se le brinda el afecto, amor y cuidado necesarios para su desarrollo.
- c) El sentimiento de la niña hacia el matrimonio Vargas Bedoya es de gratitud, afecto y amor; como lo indicó expresamente en la demanda de tutela a través del Defensor del Pueblo, “su mundo afectivo, su felicidad y su futuro sólo se hace comprensible alrededor de los esposos Vargas Bedoya, quienes la ven como a su verdadera hija”.

Contrario sensu, señala no sentir ningún tipo de afecto ni de amor por su madre biológica, quien por lo demás es indiferente a su situación personal y a sus sentimientos.

d) Por ello, considera que es su legítimo derecho tener una familia y no ser separada de ella; familia que está representada en el matrimonio Vargas Bedoya y de la cual no desea ser separada, pues allí se le brinda el cuidado y el amor que requiere. Además, siente preocupación y temor de regresar al lado de su madre biológica, no sólo por cuanto afirma no quererla ni sentir cariño por ella, sino por las circunstancias en que ella vive y por el hecho de que su padrastro le ha manifestado “soñarse con ella”; en otras palabras, desearla sexualmente.

Por tanto, manifiesta la menor que no desea salir ni ser separada del hogar amigo de la familia Vargas Bedoya donde vive, bajo ninguna circunstancia.

Debe tenerse en cuenta el hecho de que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política, la voluntad y los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, razón por la que debe hacerse efectivo el derecho de la menor a no ser separada del lado de la familia Vargas Bedoya, quienes se constituyen para ella en su única y verdadera familia.

Deben tenerse en cuenta para ello, elementos esenciales de índole moral y personal, a saber:

De una parte, cómo pensar razonablemente que la menor pueda lograr su pleno desarrollo y su verdadera formación integral y moral, en el seno de una “familia”, o más bien, dentro de un conjunto de individuos cuyas actuaciones y antecedentes personales no permiten deducir idoneidad alguna para la crianza y educación de un niño.

Debe preguntarse la Corte, si una madre que ha tenido seis (6) hijos, nacidos de relaciones de hecho, de distintos padres, y que debe dedicar el día entero a trabajar para el sustento de sus hijos, puede brindarle a éstos los elementos, principios y valores fundamentales para lograr su desarrollo y la formación integral y moral que requiere, y a la que aspiran el Estado y la sociedad. ¿Qué podría esperarse de una niña “educada” o más bien criada en esta forma y rodeada por individuos inmorales, que como el padrastro de la menor, “desea a su hermana mayor y se sueña con ella”? Sin lugar a dudas que en estas condiciones no se logrará formar una persona de bien sino, por el contrario, llena de resentimiento, odio, temor, deseo de venganza y que casi con seguridad seguirá el ejemplo de vida de su madre.

Por ello estima la Corte indispensable no sólo amparar a la menor Diana Patricia Gutiérrez, dejándola transitoriamente al cuidado y protección del hogar del matrimonio Vargas Bedoya, que es además el deseo y la voluntad de la niña, mientras que por la jurisdicción de familia se toma una decisión de carácter definitivo respecto de la situación familiar de la menor, sino adicionalmente, tomar medidas en orden a

proteger a los otros hermanos de la accionante, hijos de Blanca Lilia Última Rivera; es decir, a Paula Andrea, Fabián Andrés y Carlos David, para lo cual se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adoptar las acciones pertinentes a que haya lugar para efectos de determinar, previa la investigación de rigor, si éstos son susceptibles de protección. Esta medida se toma teniendo en cuenta la situación irregular y de falta de cuidado en que se encuentran los menores, según lo expresado en precedencia.

Para ello, entonces, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá efectuar un seguimiento de la familia biológica de Diana Patricia Gutiérrez, por la situación en que se encuentran sus hermanos.

Respecto a la medida de protección que ordenará esta Corporación, debe agregarse que no se está desconociendo en ningún momento el derecho legítimo que tiene la madre biológica para reclamar o solicitar el cuidado y protección de su hija. Pero ello no quiere significar que se trate de un derecho absoluto en cabeza de la madre que no ejerce o tiene en el momento la patria potestad, ni la custodia de sus hijos. Es necesario afirmar, de una parte, que [...] no obstante el derecho de la madre sobre sus hijos, prevalece el derecho de los niños; y de otro lado, [que] la madre no ha demostrado que sus condiciones iniciales, cuando entregó la niña al cuidado de la familia Vargas Bedoya, se hayan modificado en beneficio de la menor. Además, no puede olvidarse que la madre, cuando en el año de 1992 recuperó la patria potestad de su hija, en virtud de la decisión de la Defensora de Familia Centro Zonal No. 11 [de] Engativá, y la llevó a un sitio lejano, ubicado en la vereda El Charquito, tuvo una nueva oportunidad de demostrarle a su hija su amor y la posibilidad de ofrecerle los elementos necesarios para su formación integral, pero no supo aprovecharla. No pasaron más de quince (15) días al lado de su hija, y tuvo que regresarla nuevamente al hogar Vargas Bedoya. Entonces, podría preguntarse, ¿para qué reclama a su hija? Es importante, a juicio de la Sala, que la menor Diana Patricia permanezca en el actual medio socio-familiar, junto al matrimonio Vargas Bedoya, pues a éstos identificó como sus padres y verdadera familia, no siendo por lo tanto conveniente la separación del lado de ellos, pues la desadaptación, en concepto de expertos en la materia, traería graves problemas de índole emocional, mental y psíquico, máxime cuando la niña presenta un rotundo rechazo hacia sus padres biológicos.

No se pudo comprobar, y en esto debe subrayarse lo manifestado por la menor, que exista una buena relación con su madre biológica, pues aquella no ha propiciado en ningún momento, ni se ha preocupado por buscar un acercamiento afectivo y amoroso con la niña. Aún más, ella señala en forma sentida, que cuando esporádicamente logra ver a su madre, ella no es cariñosa ni le “trae regalos”, ni menos lo hace en la fecha de su cumpleaños, la cual nunca recuerda.

Sobre el particular, debe resaltar la Sala que los niños requieren para su desarrollo, crecimiento y formación, del cuidado, del amor, del cariño y del apoyo de sus padres,

o de lo contrario crecerá en un ambiente de soledad y desamor que no le permitirán convertirse en una persona normal y de bien. Es inconcebible la vida de un ser humano al que no se le brinda el más mínimo sentimiento o expresión de amor o cariño. El amor se constituye en el presupuesto fundamental y esencial de la vida humana: no sólo a la persona se le debe amar, sino que debe tener la oportunidad de expresar y manifestar su amor hacia quienes lo rodean. Pero, cómo pensar que alguien que no recibe amor, pueda brindarlo a otro: “quien nada recibe, nada puede dar; ¿cómo puede una persona amar si no conoce lo que es el amor”?

¿Cómo decirle a Diana Patricia que regrese al lado de su madre o que la quiera, o que desee verla, cuando es ella misma quien no le ha ofrecido ni brindado el amor, el cuidado y la protección que para su formación y desarrollo requiere? Todo niño, y aun el adulto, necesita recibir manifestaciones y expresiones de amor y solidaridad para sentirse que es querida o que alguien se preocupa por él o por ella. En especial, el niño desde el momento mismo de su nacimiento, requiere de manifestaciones de amor y cariño: un regalo, un detalle o algo que le permita sentirse amada. Pero si sus padres, que son los primeros llamados a brindar al niño esas expresiones de afecto, no lo hacen, se irá formando en él una persona sin sentimientos, cuyo rechazo hacia sus padres y hacia la sociedad se hacen notorios. Pero ante estas circunstancias de soledad, cuando el niño, y aun el adulto encuentran que alguien les ofrece ese amor del que adolecen, las expresiones de cariño y apoyo, sin duda, les producirá un efecto de agradecimiento y amor hacia ellos. Y es el caso de Diana Patricia, quien ha encontrado desde el mismo momento en que fue confiada al cuidado del matrimonio Vargas Bedoya, el amor, el cariño, el cuidado y la protección que sus padres debieron darle, y que nunca lo hicieron. Por ello no puede esperarse menos que el sentimiento de rechazo que tiene ahora por su madre biológica.

Y es que, ¿cómo amar a quien no se ama, o que no le da motivos para hacerlo? Y es que Diana Patricia fue “abandonada” a la suerte de los esposos Vargas Bedoya, desde los cinco (5) años, edad en la que la presencia, asistencia, protección y amor de los padres es fundamental para el desarrollo y la formación integral de la menor. Y fue precisamente en el hogar de los Vargas Bedoya donde encontró el amor, el cuidado y el cariño que necesitaba. Por tanto, no sólo sería injusto sino además absurdo, que se ordenara a la menor regresar al lado de una persona, que se dice su madre, por el sólo hecho de haberla traído al mundo, pero que por lo demás es un ser desconocido y lejano para la niña. Y es que debe enfatizar la Corte, madre no es sólo quien da a luz o trae al mundo un hijo, sino fundamentalmente, quien le inculca los principios y valores esenciales para su vida, y le ofrece el amor, el cuidado y la protección que requiere para lograr su desarrollo armónico y equilibrado.

La mujer, por su capacidad educadora y convergente, tiene la función natural de centralizar todos los valores familiares. Por ello, ayudar a la mujer a ser plenamente madre y educadora, sin menoscabo de su capacitación profesional y de su aporte laboral, es ayudar a que la sociedad disfrute de ciudadanos sanos y felices.

Por lo tanto, encontrándose como lo están para la Sala de Revisión amenazados los derechos fundamentales de la menor Diana Patricia Gutiérrez, a tener una familia y a no ser separado de ella, al cuidado y amor y a la libre expresión de su opinión —cuya protección ampara el artículo 44 de la Carta Política—, se concederá la solicitud de tutela como mecanismo transitorio, pues en caso contrario, si se le priva a la niña de ese entorno afectivo que le ofrece el matrimonio Vargas Bedoya y se le obliga contra su voluntad a salir de él, se producirán graves consecuencias para su vida, su libre desarrollo a la personalidad y sus derechos fundamentales al amor y al cuidado que merece en su condición de niña.

Es importante destacar, según las pruebas que obran en el expediente, en relación con la actuación adelantada por la Defensora de Familia Centro Zonal N° 11 [de] Engativá, que la voluntad de la menor y las declaraciones del matrimonio Vargas Bedoya no fueron tenidas en cuenta por dicha funcionaria, pues centró su atención específicamente en las aspiraciones de la madre biológica de la niña, haciendo caso omiso [de] los derechos fundamentales en cabeza de la menor, sin observar el contenido y el mandato imperativo contenido en el artículo 44 de la Constitución, según el cual, frente a un conflicto de tal naturaleza, prevalecen los derechos de los niños sobre los derechos de los demás; y por cuanto, de otra parte, desde la expedición del Código del Menor, las personas y entidades públicas y privadas que desarrollan programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, deben tomar en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor. Principio éste recogido en el artículo 44 de la Carta, al consagrar que “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño”.

Pero además, la Defensora de Familia desconoció un derecho fundamental de especial importancia en este caso, y que está consagrado en el artículo 44 superior, cual es el de la libre expresión de la opinión del niño. En ningún momento, como se ha indicado, la citada funcionaria tuvo en cuenta la voluntad de la menor.

Por lo tanto, siendo como lo es, obligación y deber del Defensor de Familia del Centro Zonal N° 11 [de] Engativá, respetar, aplicar y hacer efectivos estos principios constitucionales y legales, pues no podía desconocer como lo hizo la voluntad ni el derecho del menor a permanecer en el seno de la familia Vargas Bedoya. Desconoció la Defensora de Familia que la niña no es sujeto pasivo de los padres biológicos, sino que tiene como tal, y en virtud a lo dispuesto por la Carta Política, autonomía y capacidad de razonamiento para aspirar a que se le respeten sus derechos fundamentales y a que se haga efectiva su prevalencia sobre los demás, aun a costa del derecho que eventualmente le puede corresponder a sus progenitores.

Finalmente, diversas convenciones internacionales, suscritas por Colombia, consagran principios de protección del niño, entre ellas la adoptada por la ONU en 1989, “Convención de los Derechos del Niño”, que estableció que el niño debe tener una infancia feliz y gozar en su propio bien y en el de la sociedad de los derechos y liber-

tades para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, advirtiéndose que al promulgar leyes con este fin por parte de los Estados que suscriben esta Convención, la consideración esencial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En consonancia con este principio, el constituyente de 1991, en el artículo 44 de la Carta Fundamental, establece en su parte final que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Por lo anterior, y estando como lo está para la Sala probado que la niña Diana Patricia Gutiérrez se encuentra en una situación de amenaza a su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separada de ella, producida por la intención de sus padres biológicos (cada uno de manera independiente) de recuperar a su hija y llevarla a su lado, al igual que por la decisión de la Defensora de Familia, se debe acoger la tutela instaurada como mecanismo transitorio para evitar a la niña Diana Patricia un perjuicio irremediable en sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, de la vida, a tener una familia y no ser separada de ella, al cuidado y amor y la libre expresión de su opinión, al igual que a gozar de una formación moral integral.

Debe anotarse que la tutela que se concede sólo tendrá efectos y vigencia durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción judicial tendiente a definir la situación de abandono y peligro en que se encuentra la menor, y la custodia y protección de ésta.

En virtud a lo expuesto, esta decisión se convierte en instrumento fundamental y necesario para la protección de los derechos de la menor, los cuales no pueden quedar desprotegidos mientras se adopta por la jurisdicción de familia, una decisión con carácter definitivo en cuanto a su situación legal.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala

Ángel Uriel Peña López contra el Juez Primero de Primera Instancia del Ramo de Familia del departamento de Alta Verapaz

11 de mayo de 1999

Problema jurídico

¿Se violan los derechos de la madre biológica cuando se le niega la custodia de unos hijos que fueron cuidados exclusivamente por otra pareja por varios años y éstos presentan crisis psicológicas profundas ante la perspectiva de vivir con ella?

Hechos

La demandante, madre biológica de dos menores de edad, los entregó a una pareja a cambio de una remuneración mensual. Después de varios años sin visitarlos, solicitó le fuera devuelta la custodia y cuidado personal de sus hijos. Luego de una conciliación inicial, en la que ella acordó con los padres cuidadores un régimen de

visitas, decidió iniciar un nuevo procedimiento para obtener la custodia y cuidado. La decisión judicial por la que se protegió los derechos de la madre biológica fue impugnada para proteger los derechos de los niños, quienes se vieron profundamente afectados con los cambios.

Decisión de la Corte

Confirmó la decisión del juez inferior, que amparaba los derechos de los menores y ordenaba dejarlos al cuidado de la pareja que ellos consideran sus padres adoptivos mientras se toman las medidas necesarias para garantizar una decisión adecuada de su caso.

Extractos

[...]

La sentencia de amparo que se examina en apelación, tiene el origen siguiente: a) Candelaria Xol dio a luz, el cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, a la menor inscrita con el nombre de Sandra Maritza Cobón Xol, procreada con Walter Ronald Cobón Escobar; según afirmación recogida por la trabajadora social, aquélla laboraba en el bar “La Frontera”, propiedad de Virginia Linares. Nueve meses después, la última pidió a María Esther Martínez Romero que aceptara cuidar a la niña porque en el establecimiento no se permitía que las empleadas tuvieran allí a sus hijos, ofreciendo un pago mensual por el cuidado, tarea que aceptó la señora Martínez Romero y, pese a que la menor estaba desnutrida y padecía bronquitis e infección intestinal —tratados en Aprofam— y que la madre no volvió a inquirir sobre su hija, se hizo cargo de su guarda y cuidado, asistiendo actualmente a la escuela Felipa Gómez, donde cursa segundo año elemental. Una constancia de la Dirección del Centro de Salud de Cobán, de dos de junio de mil novecientos noventa y ocho, expresa que la señora Xol fue registrada el doce de noviembre de mil novecientos noventa en el Libro de Profilaxia Sexual y dejó de asistir a control el dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y cuatro; b) cuatro años después la señora Xol llegó a la casa de la señora Martínez Romero con un niño de tres meses, pidiéndole que también lo tomara a su cuidado y ofreciéndole un pago económico; se trata del menor Walter Alexander Tiul Xol, nacido el veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y tres, procreado con Carlos Tiul. Como la vez anterior ya no regresó sino hasta en septiembre de mil novecientos noventa y siete, llevando y entregando entonces a la señora Martínez Romero la cantidad de un mil quinientos quetzales, que le hizo constar en recibo simple, pero reclamando a los menores para llevarlos con ella; c) la señora Martínez Romero y su esposo negaron la entrega; la madre acudió al Juzgado de Familia, en el que, en presencia del Juez, firmaron el convenio que se resume así:

1. La madre aceptó haber dejado la guarda y cuidado de sus hijos a la señora Martínez Romero y esposo, cuando tenían, respectivamente, nueve y tres meses de edad.
2. Los guardadores expresan estar de acuerdo con la entrega, pero

[...] que el problema está en que los mismos la desconocen como madre, ya que nunca han vivido con ella, y que para ellos prácticamente sus padres son ellos, por lo que sugieren que los niños permanezcan en su poder, y que la madre conserve el derecho de visitarlos cuando lo considere necesario, para relacionarse con ellos y ganarse su confianza [...]

3. La madre aceptó visitarlos en la casa que habitan. El tribunal aprobó el convenio —de fecha cinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete—; d) el diecisiete de abril de mil novecientos noventa y ocho la señora Xol acudió de nuevo al Juzgado, esta vez para solicitar, como providencia cautelar de seguridad de personas, la orden de traslado de los menores a su residencia; el Juez, previo a resolver, solicitó informe a la trabajadora social. El informe de la última, de doce de junio de mil novecientos noventa y ocho, confirmó los datos anteriores, investigó la situación de la pretensora, niños y guardadores y, sobre la situación actual de los menores expresó:

Los menores Sandra Maritza Cobón Xol de 8 años de edad y Walter Alexander Tiul Xol de 4 años de edad, se encuentran viviendo en un hogar integrado, siendo los únicos menores del hogar, rodeado de cariño de los demandados. En su aspecto personal, ninguno de los menores presenta que sean objeto de maltrato, al contrario se observó que tanto la demandada como el demandado están pendientes de brindarles alimentación, educación y sobre todo les dedican tiempo y cariño. Actualmente la menor asiste a la Escuela Felipa Gómez, cursando el segundo grado de educación primaria. Y el menor asiste a la Escuela de Párvulos Los Pollitos en el municipio de Cobán. Los menores han asistido a varias sesiones psicológicas, ya que los problemas que se han dado que la madre biológica los quiere y se los ha intentado llevar a la fuerza, los menores han presentado, según informe psicológico, ansiedad, manejan delirio de persecución, inseguridad, crisis de miedo, temor de ser separados de sus padres adoptivos, a quienes se han identificado y a quienes ven como sus verdaderos padres [...] Se adjunta el informe psicológico al presente informe [...]

En éste, a su vez, se registra la impresión clínica siguiente:

Los hermanos García Martínez, actualmente se encuentran muy ansiosos, manejan delirio de persecución, inseguridad, crisis de miedo, temor de ser separados de sus padres adoptivos con quienes se han identificado y a quienes ven como sus

verdaderos padres; aisladamente cada uno de ellos presenta sus conflictos, la niña ha presentado bajo rendimiento escolar, crisis de llanto, e inseguridad; el niño está presentando enuresis nocturna, ansiedad, temor y sobre todo mucha inseguridad. [...]

Recomendaciones:

1. Evitar en la medida [de lo] posible el que los niños estén presentes [en] cualquier polémica [...] entre [la] madre biológica y [los] padres adoptivos.
2. Que los hermanos García Martínez vivan en un ambiente familiar donde emocionalmente se encuentren estables.
3. Si dado el caso los niños fueren otorgados a la madre biológica, es importante prepararlos con anticipación para el cambio de ambiente [que] sufrirán y que la madre conjuntamente con sus hijos asistan a sesiones de psicoterapia.
4. Si también dado el caso los niños fueran otorgados a la madre biológica, es importante que tanto los padres adoptivos como los niños reciban tratamiento psicológico por el conflicto paterno filial por el que están atravesando.

Con tales elementos la trabajadora social concluyó que:

Los menores Sandra Cobón Xol de 8 años de edad y Walter Alexander Tiul Xol se encuentran en un hogar integrado, rodeados del cariño de los demandados a quienes identifican como padres, ya que cuando la madre se los entregó la menor contaba con nueve meses de edad y Walter Alexander de tres meses de edad por lo que los menores el único hogar que reconocen es el de los demandados. La madre biológica tiene constituido su hogar con el padre de su menor hijo alquilando un cuarto [...] que no reúne las condiciones necesarias para que sus menores hijos puedan vivir. Si los menores fueran entregados a la madre biológica es importante que antes la conozcan, la traten y ella les brinde cariño, para que los menores la vean como su madre. Si los menores se quedaran con la madre biológica o con los demandados es necesario que periódicamente sean visitados, para establecer su conducta y sean preocupados por brindarles un bienestar total. Se estableció con vecinos del lugar donde viven los menores que la madre biológica siempre se preocupó por brindarles vestuario y alimentación pero se despreocupó de brindarles cariño ni la dedicación ya que siendo bebecitos (sic) los dejó con los demandados quienes le brindaron los cuidados que todo menor necesita [...]

e) con base en el informe el Juez dictó la resolución de nueve de julio de mil novecientos noventa y ocho, en la que afirmando

[...] que los demandados no quieren dar a los niños, no obstante la madre se los ha solicitado extrajudicialmente, prohibiéndoseles comunicarse con la madre; y,

estableciendo la ley que para garantizar la seguridad de las personas, protegerlas de los malos tratos, o de actos reprobados por la ley, la moral y las buenas costumbres, los jueces de primera instancia decretarán de oficio o a instancia de parte según las circunstancias de cada caso, su traslado a un lugar donde libremente puedan manifestar su voluntad, y gozar de los derechos que establece la ley. [Ha] quedado demostrado en autos que la presentada es la madre de los relacionados menores, [decretó el traslado solicitado, agregando las recomendaciones que consideró pertinentes]

f) el trece de julio de mil novecientos noventa y ocho el abogado Ángel Uriel Peña López, asumiendo carácter de gestor de los menores, promovió amparo impugnando la resolución judicial para evitar la entrega “hasta en tanto no se decida en mejor forma a qué lugar puedan ser trasladados los menores protegiendo su salud mental, emocional, física y psicológica”, invocando inaplicación de normas de la Convención Sobre los Derechos del Niño; antes de pronunciarse el fallo fue sustituido por la Procuradora Regional de las Verapaces de la Procuraduría General de la Nación, Alba Susana López Racanac de Tení; g) el tribunal constitucional de primer grado otorgó el amparo luego de estimar que no se dieron los presupuestos que se requieren para proceder a la entrega inmediata de los menores; y que existiendo entre éstos y la madre un conflicto de intereses no se les nombró representante especial. La sentencia fue apelada por la madre de los niños y por el Ministerio Público; la primera aduciendo que es a ella a quien se [le] viola[n] sus derechos de madre biológica; el último afirmando que por su edad no puede oírse a los menores para conocer su opinión; que no existe el conflicto que el tribunal señaló, sino lo hay entre las personas a quienes ella encargó su cuidado; que la madre tiene un derecho que debe ser respetado; y que existe un convenio que los guardadores incumplieron. [...]

La normativa de la Convención [de los derechos de los niños] sopesa y da lineamientos para hallar una solución equilibrada en casos como éste, para satisfacer especialmente el interés superior de los menores. Ella obliga a considerar y disponer medidas especiales, independientemente de los padres [...] entre otras, su permanencia por tiempo prudencial en hogares de guarda [...] la atención especializada para la recuperación psicológica y consiguiente preparación de los menores para integrarse oportunamente al hogar natural [...] a requerir la cooperación de los padres biológicos y guardadores temporales a fin de asegurar las relaciones personales entre aquéllos y los menores [...] de obtener la opinión posterior de los últimos, cuando ya se estime conveniente [...] y de asistencia a padres y guardadores [...] necesarias para que los primeros asuman responsablemente la paternidad [...] y los guardadores se adapten a la futura circunstancia de la disminución física de los integrantes de su hogar, oyendo su opinión [...] Tales medidas, por ser congruentes

con la normativa nacional referida a la protección de la familia se comprenden dentro de las facultades que tiene el Juez, conforme lo dispone [...] la Ley de Tribunales de Familia y [...] el Código de Menores. Acorde y con fundamento en lo expresado este Tribunal aprecia que no habiendo agotado el juez reclamado, el procedimiento debido previo a emitir el fallo, vulneró los derechos de los menores amparistas; habiéndose otorgado el amparo en primer grado, debe confirmarse la parte resolutive de la sentencia bajo examen, adicionándole de la manera que se asienta en el fallo, en lo que se refiere a sus efectos.

Cuestiones a debatir

Primera cuestión a debatir: la maternidad como cualidad natural

En tres de los casos propuestos, los fallos recaen sobre decisiones judiciales anteriores que restringían los derechos de las madres a la custodia de sus hijos. En todos los casos, los hijos en cuestión habían manifestado no querer permanecer o siquiera visitar a sus madres. Pero mientras que en dos casos los jueces decidieron que el deseo de los hijos debía prevalecer, en el otro el juez dispuso que debían adoptarse medidas para restablecer la relación entre madre e hija, pues para él se trata de una relación fundamental en la vida de cualquier persona.

Independientemente de las razones esgrimidas por uno y otro juez, cabría preguntarse si lo mejor para las mujeres es enfatizar su relación especial con la maternidad y su capacidad natural para ser madres. Como lo han señalado las liberales, el impacto de reivindicar la maternidad como feminidad implica que las opciones de quienes quieren ser madres y de las que no quieren serlo se reducen significativamente. Más se lograría, argumentan las liberales, si se universalizara la crianza como parte de lo que en las sociedades contemporáneas quiere decir ser hombre y ser mujer.⁵⁹

Por otra parte, defender la maternidad como algo esencial de la feminidad es desconocer las distintas formas en las que las mujeres han sido madres a lo largo de la historia, como por ejemplo el hecho de que algunas mujeres agreden y abandonan a sus hijos.⁶⁰

Volver esencial la maternidad, entonces, tendría como efectos negativos el condenar a las mujeres a ser madres, y a su vez a los hijos a estar al cuidado de personas que pueden no ser las más aptas para hacerse cargo de ellos.

⁵⁹ Ver, por ejemplo, Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

⁶⁰ Nancy Sheperd Hughes, "M(Other) Love", en *Death without Weeping*, University of California Press, Berkeley, 1991.

Preguntas

1. En los casos incluidos en esta sección, ¿cómo argumentan los jueces que las mujeres están naturalmente dotadas para la maternidad?

2. ¿Cómo concilian los jueces esta idea con la de la maternidad adoptiva o de cuidado? ¿Cómo la concilian con los altos estándares de moralidad que se impone a las madres en algunos casos? Justifique sus respuestas.

Segunda cuestión a debatir: la indeterminación del parámetro cultural

Los casos en los que dos mujeres se enfrentan en reclamo de su derecho a ser la madre del mismo menor revelan hasta qué punto reclamar la maternidad como cualidad esencial de toda mujer es insuficiente a la hora de resolver quién debe prevalecer en ese rol. Los tres casos proponen respuestas diferentes: en el primero prevaleció el derecho de la mujer con vínculo biológico —la abuela— por haber sido injustamente privada de su derecho a establecer una relación con la niña; en el segundo prevaleció el derecho de la madre sustituta, pues el juez percibió la incapacidad de la madre biológica, y en el tercer caso el de la madre biológica, pero sin excluir del todo y de una vez y para siempre a los padres sustitutos.

El parámetro de acuerdo con el cual la maternidad es una cualidad esencial de las mujeres no habla del peso específico que debe darse a la relación que una mujer pueda haber construido con un niño en particular, frente al hecho de que otra mujer haya dado a luz a ese niño.

Preguntas

1. ¿Cuál cree usted que es el mejor criterio para decidir quién debe tener la guarda y custodia de un menor?

2. ¿Cómo se debe ponderar el criterio biológico con los demás?

3. ¿Qué importancia debe tener la capacidad económica de la persona a quien se le va a asignar la guarda y custodia?

4. ¿Qué se pierde al excluir a los hombres de tener una conexión estrecha con sus hijos e hijas?

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA VALORACIÓN CULTURAL DEL TRABAJO DE CUIDADO

Otro de los reclamos que se pueden asociar al feminismo cultural es el de la igual valoración del trabajo de las mujeres en sus hogares, trabajo que se relaciona con la supervivencia de los miembros de la familia. Para las feministas culturales

es fundamental que los aportes de las mujeres en este campo sean reconocidos, y que además se les dé la misma importancia que la que reciben los oficios de quienes participan en el mercado laboral o en la gestión del Estado.

A partir de este punto de vista, las feministas culturales defienden una misma remuneración social para el trabajo de las mujeres vinculado con el cuidado. Esto implica, por una parte, que socialmente se garantice la posibilidad de que las madres puedan optar por el cuidado personal de sus hijos. En primer lugar, porque el cuidado que cada madre da a sus hijos es diferente del que otras personas pueden darle,⁶¹ en segundo lugar, porque para las mujeres ésta es una forma privilegiada de obtener su satisfacción personal.⁶²

Esto implica que los trabajos análogos al cuidado que las mujeres llevan a cabo a cambio de una remuneración —enfermería, educación preescolar y primaria, cuidado de minusválidos y ancianos, servicios de aseo y cocina, entre otros— sean considerados como iguales a los que se vinculan a los valores masculinos de la competencia y que exigen las mismas calificaciones —transporte, seguridad, trabajo en manufacturas, trabajo de construcción, entre otros—. ⁶³

En este sentido, las feministas culturales apoyan tanto la figura de la comunidad de bienes para las parejas, por oposición a la de separación de bienes con compensación a través de pagos de alimentos,⁶⁴ como las licencias de maternidad por tres o más años e igual remuneración en el mercado para los trabajos de cuidado.

El derecho latinoamericano, tradicionalmente, ha considerado que el trabajo de cuidado de las mujeres es valorado y apoyado por la existencia de la comunidad de bienes o gananciales. Así lo reflejan los apartes de la doctrina y los fallos incluidos a continuación. Y para ilustrar dos tipos de objeciones a esta interpretación del trabajo de cuidado o doméstico, se incorporan dos textos más,

⁶¹ Por ejemplo, Linda McClain, “Care as a Public Value: Linking Responsibility, Resources, and Republicanism”, 76 *Chicago-Kent Law Review* 1673, 2001.

⁶² Por ejemplo, Dorothy E. Roberts, “Spiritual and Menial Housework”, 9 *Yale Journal of Law and Feminism* 51, 1997, y Mona Harrington, *Care and Equality*, Alfred A. Knoff, New York, 1999.

⁶³ El asunto de la igualdad en la remuneración es tratado en profundidad en el capítulo “Trabajo” de este libro.

⁶⁴ Ver Janet M. Riley, “Women and the Law of Community Property”, 69 *American Society of International Law Proceedings* 25, 1975; Deborah L. Rhode y Martha Minow, “Reforming the Questions, Questioning the Reforms: Feminist Perspectives on Divorce Law”, en Stephen D. Sugarman y Herma Hill Kay, eds., *Divorce Reform at the Crossroads*, Yale University Press, New Haven, 1990, y Joan Williams, “Is Coverture Dead”, *op. cit.* Una visión histórica sobre el reclamo por la prevalencia del régimen de comunidad de bienes se encuentra en Reva Siegel, “Home as Work: The First Woman’s Rights Claims Concerning Wives’ Household Labor”, 103 *Yale Law Journal* 1073, 1994.

una justificación de un proyecto de ley presentado ante el Congreso colombiano, y una sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Discurso del honorable representante Eleuterio Sierra⁶⁵

[...]

Decía, señor Presidente, en la sesión del último sábado, que la sociedad conyugal tenía caracteres especiales. Y así es, efectivamente; en nuestro Código, respecto de terceros, sus bienes se confunden con los del marido; en el proyecto, los cónyuges, ante éstos, se miran como si vivieran bajo el régimen de separación. En el primer caso, uno solo de los asociados es el dueño de todo, aunque se diga que hay patrimonio social; en el segundo, esa propiedad es de los dos. ¿Y qué es más equitativo? ¿Será acaso más justo que sólo uno de los socios lo sea todo y el otro nada? ¿No será más racional que la mujer tenga facultades iguales a las del marido para administrar y disponer de sus bienes?

Tanto en el sistema del Código como en el del proyecto, aparece una sociedad de rara fisonomía, cuyos particularismos le dan un sello especialísimo. Cuando se casan dos personas, carentes de fortuna, en el sistema vigente, ¿qué es lo que le da vida a ese esqueleto de la sociedad conyugal contraída por el matrimonio? ¿Dónde están los bienes que forman el aporte? ¿Cómo se supone una sociedad sin un céntimo? El aporte en esa hipótesis es la persona misma de los cónyuges; son ellos mismos, a quienes se puede considerar como elementos de producción económica. Esto es lo que generalmente ocurre, sin que pueda decirse que la labor de la mujer en la casa es improductiva, porque todos sus sacrificios silenciosos, sus tareas humildes, sus consejos, que tienen cierta clarividencia admirable, ayudan al marido en la consecución o en la defensa del patrimonio. ¡Cuántas veces la sencilla insinuación femenina detuvo la catástrofe a donde iba rodando la fortuna por obra de la precipitud o por la desesperación de un marido impaciente!

En el proyecto que discutimos, los cónyuges trabajan y el fruto de sus labores, aunque en constante movimiento, es una ganancia que se repartirá cuando llegue la hora de liquidar la sociedad. Un régimen de separación absoluta no parece muy en armonía con nuestro medio cultural, porque nuestras mujeres dedican la mayor parte del tiempo a las tareas hogareñas, y sería una iniquidad que todas esas energías consumidas en la crianza y formación de los hijos, y en los oficios domésticos, no tuviesen más recompensa que una esperanza de ultratumba por el deber cumplido y una expectativa incierta ante el futuro.

⁶⁵ Luis F. Latorre U., ed., *Régimen patrimonial del matrimonio. Proceso de la Ley 28 de 1932*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1932.

En el proyecto los cónyuges administran y disponen de sus bienes como propios. Se obligan por su cuenta, pero la idea de que hay en el fondo una colaboración a favor de una sociedad, es el vínculo que los solidariza.
[...]

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-494 de 1992

Problema jurídico

¿Cuando no se reconoce el valor económico del trabajo doméstico, se violan los derechos al reconocimiento de la diferencia cultural de las mujeres?

Hechos

Después de la muerte de su compañero permanente, Esther Varela se presenta ante el juez competente para solicitar que se declare y liquide la sociedad patrimonial que existió entre ellos. El Juez se niega a conceder la solicitud, pues la muerte ocurrió antes de que transcurrieran dos años desde la entrada en vigencia que estableció la formación de sociedades patrimoniales entre concubinos. También se negó a reconocer que Varela hubiese hecho aporte alguno a una hipotética sociedad de hecho entre concubinos.

Decisión de la Corte

La Corte ordena al Juez 17 Civil Municipal de Cali que se abstenga de practicar la diligencia de entrega para la cual fue comisionado por el Juzgado Noveno Civil del Circuito, hasta cuando reciba la correspondiente instrucción del Juez de Familia competente, el cual deberá, en todo caso, respetar el derecho al debido proceso. Y decide que en cualquier futura entrega del inmueble que realice la autoridad competente, deberá respetar la posesión y los frutos del trabajo de la peticionaria.

Extractos

[...]

- a) La señora Varela convivió con el señor Hernando Guerrero Trujillo, aproximadamente 24 años, durante los cuales hicieron vida marital.
- b) Desde 1970 la peticionaria [...] pose[e] la casa en que vive, ubicada en la carrera 17A N° 16-54 del barrio Belalcázar de Cali, adquirida por su compañero con quien pasó a habitarla. Esta posesión sobre el 50% del inmueble ha sido ejercida ininterrumpidamente en los últimos 21 años.
- c) El señor Guerrero Trujillo falleció el 30 de marzo de 1989. El respectivo proceso de sucesión se inició en el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Cali, el cual dis-

puso la adjudicación de sus bienes a la heredera única, Mérida Guerrero Trujillo, hermana del causante.

d) Paralelamente al anterior juicio, la señora Varela inició un proceso ordinario de mayor cuantía para que se reconozca que existió una sociedad de hecho entre concubinos, la cual se disolvió con la muerte de su compañero.

e) El Juzgado Noveno Civil del Circuito de Cali ordenó la entrega de los bienes adjudicados a la heredera única, comisionando para tal efecto al Juez 17 Civil Municipal de Cali mediante despacho comisorio 190 de octubre 10 de 1991.

f) El apoderado de la señora Varela presentó escrito en el cual se opone a la diligencia de entrega, argumentando el ejercicio de la posesión de su poderdante, hecho éste que la legitima en dicha actuación.

i) El artículo 5 del decreto 2282 de 1989, vigente desde el primero de junio de 1990, dispuso que los procesos sucesorios de mayor cuantía serán de plena competencia de los jueces de familia. No obstante, el Juez Noveno Civil del Circuito sólo ordenó dicho traslado el 28 de enero de 1992, vale decir, 19 meses después de que entrara en vigencia el decreto aludido. Con todo, la orden impartida en el despacho comisorio continúa bajo el conocimiento del Juzgado 17 Civil Municipal.

[...]

Mediante acción de tutela interpuesta el 10 de febrero de 1992, el apoderado presentó la siguiente solicitud:

a) Que se ordene al Juez 17 Civil Municipal de Cali suspender provisionalmente la comisión de entrega de los bienes adjudicados en la sucesión de Hernando Guerrero Trujillo, impartida por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de citada ciudad y que dicho despacho comisorio sea remitido conjuntamente con el cuaderno principal de la sucesión intestada al Juez Civil de Familia (reparto).

b) Adoptar las demás medidas que se consideren procedentes.

[...]

Entre los hechos mencionados y probados en el expediente aparecen las diversas actividades que la peticionaria realizó desde el momento mismo en que inició sus relaciones permanentes con su difunto compañero, Hernando Guerrero Trujillo, las cuales se prolongaron por espacio de 24 años.

Ellas fueron, entre otras, las labores domésticas propias del hogar, la colaboración en actividades comerciales en las cuales se utilizaron dos vehículos adquiridos durante la unión de hecho, así como también en la explotación conjunta de una casa mediante arrendamiento de piezas a inquilinos, inmueble éste que es actualmente objeto de pleito con la adjudicataria única del difunto, señora Mérida Guerrero Trujillo.

Consta así mismo que la peticionaria cuidó permanentemente de la salud de su compañero y que arregló, lavó y planchó ropa fuera del hogar para contribuir a su sostenimiento.

En virtud de todo lo anterior, la peticionaria considera que hubo una sociedad de hecho y esta Corte advierte que dicho aspecto no será dilucidado por su específica naturaleza y alcance en el presente fallo.

Comoquiera que, en el expediente de tutela se alude a un juicio que se adelanta actualmente ante la Corte Suprema de Justicia para definir la existencia de la sociedad de hecho, el Magistrado Ponente estimó necesario solicitar a esa Corporación formalmente el envío de una copia certificada del expediente, en aras de allegar elementos de juicio que le permitieran resolver la acción de tutela impetrada.

E[...]n tal expediente aparece que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali—Sala Civil de Decisión— negó la existencia de la sociedad de hecho, aduciendo, entre otras razones, que:

A juicio de la Sala, no se reunieron los presupuestos específicos del contrato de sociedad, pues no se estableció que la señora Esther Varela hubiera efectuado algún aporte para la constitución de la sociedad que pretende se reconozca. En efecto, ninguno de los declarantes indica cuál fue el aporte de la demandante, todos se limitan a indicar que ésta colaboraba en las labores domésticas y que realizaba algunos oficios como lavar ropas y cuidar niños que le reportaban algún beneficio económico, pero no indican en qué consistió el aporte a la sociedad, si fue en dinero y en qué cuantía, o en especie y qué bienes aportó.

[...]

Como se desprende de lo anterior, el sentenciador parece creer que los únicos aportes a una sociedad de hecho deben ser dinero o bienes relevantes en el mercado, con lo cual descarta de plano el denominado aporte de industria. Seguramente por eso se abstuvo de considerar por un momento siquiera si el trabajo doméstico de la concubina tuvo o no significación económica suficiente para reconocerle, con todas sus consecuencias, la calidad de socio.

Al proceder así el Tribunal comulga con quienes estiman que el trabajo doméstico es “invisible” y como tal, carece de todo significado en la economía del mercado. Esta Corte no puede menos que manifestar su total desacuerdo con dicha visión por cuanto ella estimula y profundiza la desigualdad y la injusticia en las relaciones sociales, hace inequitativo el desarrollo económico y vulnera derechos fundamentales de la persona humana.

Es por eso precisamente que, entidades oficiales tales como el DANE, se hallan hoy empeñadas en la tarea de corregir los índices tradicionales de progreso social y contabilizar dentro del PIB el valor producido por el trabajo doméstico y medir las jornadas reales de trabajo de las personas para ayudar a orientar el proceso de desarrollo hacia el bienestar colectivo, cerrando de alguna manera la brecha entre lo económico y lo social.

A nivel internacional, estudiosos serios del aporte de la mujer al desarrollo señalan con toda razón que

Las obligaciones tradicionales de la mujer con respecto a la familia y su trabajo no remunerado en el hogar con frecuencia no se reconocen, pese a tratarse de actividades económicas que contribuyen al ingreso del hogar y por ende al ingreso nacional. Estas actividades que no llevan rótulo de precio en efectivo, no son consideradas una variante importante para el desarrollo y no se tienen en cuenta en el momento de la planificación económica.

Lo anterior lleva a esta Sala a indagar la razón o razones determinantes de la ostensible vulneración del principio de igualdad real consagrado en el artículo 13 de la Carta del 91.

Los fundamentos culturales, ideológicos y estructurales y la lógica de la subordinación sexual que refuerza y prolonga en Colombia tal discriminación han sido estudiados recientemente en un iluminante trabajo académico, elaborado por las profesoras Elssy Bonilla Castro y Penélope Rodríguez S., quienes destacan cómo

Los atributos sexuales objetivos fundamentan “biológicamente” la división social del trabajo, que asigna “culturalmente” de manera subjetiva, espacios y responsabilidades que son mutuamente excluyentes para hombres y mujeres. Este primer referente al orden social, opera como si fuera un orden natural incuestionable que se mantiene mediante una jerarquía básica del poder, centrada en la autoridad masculina. Como producto cultural, la división social del trabajo se transforma en el tiempo, pero el uso subjetivo de los atributos biológicos se mantiene paradójicamente en la base, como constante. Este mecanismo reproduce acríticamente el contenido de las diferencias por el sexo, para sostener una relación formal de subordinación, la cual tiene repercusiones negativas para las mujeres y para la sociedad en su conjunto.

[...]

La división social del trabajo está relacionada también con una separación entre el trabajo remunerado, identificado como productivo —aunque una porción importante de las actividades de las mujeres que se orientan hacia el mercado no son remuneradas— y el trabajo doméstico, definido como improductivo al igual que las mujeres que lo realizan, quienes quedan asimiladas con los incapacitados y los inválidos, a pesar de que el bienestar de éstos depende de las actividades de aquéllas. En este sentido, la subordinación de la mujer es una realidad que permea la esfera económica y las relaciones que son externas al hogar y también la esfera doméstica y sus tareas fundamentales en la reproducción biológica, y la reproducción social. El trabajo doméstico es esencial para la economía, aunque está ligado indirectamente al

proceso de desarrollo y a la acumulación de capital. El rol y la ubicación de la mujer en el proceso de desarrollo está condicionado en gran medida por su papel primario en la esfera reproductiva (Benería y Sen, 1982). Este condicionamiento implica que una parte significativa, cuando no todos los trabajos de la mujer, permanecen invisibles. El trabajo productivo no es fácilmente detectado por la sociedad cuando es adelantado por una trabajadora que realiza también labores domésticas.

De otra parte, los constituyentes de 1991 fueron conscientes no sólo de la discriminación salarial de que es hoy víctima la mujer colombiana sino también [de] que muchas de ellas no reciben ningún pago por su trabajo. Es por ello que pidieron que se elevara a canon constitucional la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer y se garantizaran plenamente sus derechos.

Todos los anteriores elementos permiten afirmar a esta Corte que el desconocimiento del trabajo doméstico de la peticionaria involucrado en la amenaza de despojo, sin debido proceso, del inmueble en que ella habita hoy, adquirido y mejorado progresivamente durante la unión de hecho y como fruto del esfuerzo conjunto de los concubinos, viola abiertamente los derechos constitucionales de igualdad, debido proceso y no discriminación en contra de la mujer, consagrados, respectivamente, en los artículos 13, 29 y 43 de la Carta vigente. Por lo cual esta Corte protegerá tales derechos de la peticionaria en la forma que se indicará en la parte resolutive del presente fallo.

[...]

Puesto que la peticionaria ha venido poseyendo el inmueble que actualmente habita, no puede ser despojada de él sin el debido proceso.

De otra parte, dicho inmueble fue adquirido durante la unión de hecho como fruto del esfuerzo de ambos compañeros al cual ella aportó, cuando menos, su trabajo doméstico, derecho protegido por la ley fundamental (art. 25 C.N).

Puesto que los derechos vulnerados demandan una protección inmediata que otros medios de defensa no le brindan a la peticionaria en el caso concreto, esta Corte revocará la sentencia de la Corte Suprema —Sala de Casación Civil— y otorgará la tutela impetrada.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala

María Eugenia Morales Acuña de Sierra contra el Estado de Guatemala

24 de junio de 1993

Problema jurídico

¿Se viola el derecho al reconocimiento de la diferencia cultural de las mujeres cuando se establece que su principal derecho y obligación como esposa es atender y cuidar a los hijos y hacer los quehaceres domésticos?

Hechos

La demandante solicita se declare la inconstitucionalidad de las normas del Código civil de Guatemala que establecen diferentes derechos y obligaciones para esposas y esposos respecto del cuidado de los hijos y el sostenimiento del hogar.

Decisión de la Corte

La Corte declara la exequibilidad de las normas demandadas.

Extractos

[...]

La denunciante afirma que el artículo 110 es inconstitucional al estipular [que]

El marido debe protección y asistencia a su mujer y está obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas. La mujer tiene especialmente el derecho y la obligación de atender y cuidar a sus hijos durante la menor edad y dirigir los quehaceres domésticos.

Manifiesta que esta disposición viola el principio de igualdad contenido en el artículo 4° de la Constitución. Aquí rige nuevamente el principio de legalidad aplicable al marido y a la mujer [...] siendo cada uno de ellos parte de una unidad institucional denominada matrimonio, en que ambos tienen obligaciones y derechos que se derivan del mismo, entre ellos, la obligación que tienen del sostenimiento del hogar que según esta disposición legal es del marido, pero que no es exclusiva de él porque también le compete a la mujer de conformidad con el artículo 128, lo que está orientado a la protección de los hijos. En este caso el derecho de la mujer es el de exigir el sostenimiento del hogar al marido, y la protección que éste le debe ya no es en su calidad de mujer, sino en función de la existencia de un hogar constituido, en su calidad de esposa y madre, pues ambos existen como tales, esposo y esposa, que es una calidad especial básica en la organización de la familia, a la que la Constitución protege como lo especificado en su artículo 47. Por ello, ninguno de los dos cónyuges puede sustraerse a sus obligaciones una vez contraído el matrimonio y constituido el hogar. El auxilio mutuo y el valor en que se funda el matrimonio se orienta a la crianza de los hijos, lo que se establece en los artículos 78 y 79 del Código civil y en las disposiciones relativas a la paternidad responsable. Por ello, si la ley no tuviera la disposición del artículo 110 sobre la obligación del marido de proteger y asistir a su mujer, la dejaría desprotegida en su función de madre. Debe hacerse reiterativo el señalar que cuando la ley se refiere a la “mujer” y al “marido”, lo hace identificándolos en su calidad de esposa y esposo, como sucede en el presente caso en que la norma busca la mayor certeza legal, en protección y en favor del matrimonio, institución superior en la que, aparte de la ley, influyen también

otros factores como los sociales, culturales, económicos y las mismas costumbres consideradas también en atención al lugar y tiempo en que opera el matrimonio. La norma establece una prerrogativa, no es discriminatoria sino más bien proteccionista, no se puede declarar la inconstitucionalidad de una norma que está orientada a la protección de los hijos. La denuncia tiene una particularidad, posiblemente no prevista por la postulante, y es que está precisamente contra la protección a los hijos en el matrimonio. La norma citada no excluye al marido o esposo, sino más bien le da preferencia a la mujer o esposa; también la norma dice “dirigir” los quehaceres domésticos, no dice “hacer” los quehaceres domésticos. Las normas constitucionales al considerar el principio de igualdad, en los artículos 4° y 47 de la Constitución se refieren, en general, a hombre y mujer, solteros o casados y no se menciona en absoluto lo relativo al “estado civil”, que es la premisa de la que parte la postulante al denunciar normas relacionadas con el matrimonio y, en consecuencia, al estado civil de la mujer, en relación con la familia que la misma Constitución en el artículo 47 manda regular legalmente sobre la base legal del matrimonio; a éste se ingresa, se reitera, libremente, los cónyuges aceptan la regulación legal del matrimonio cuando dan su consentimiento. El artículo 99 del Código civil dice: “tomará el consentimiento expreso”. Al margen de ello, en la realidad del matrimonio, se comparten los quehaceres domésticos, la norma no es discriminatoria, antes bien le da a la mujer más autoridad. Esta disposición del artículo 110 no viola, en consecuencia, el principio de igualdad y de libertad contemplados en los artículos 4° y 47 de la Constitución Política de la República.

[...]

El artículo 113 del Código civil dice: “La mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique el interés y cuidado de los hijos ni las demás atenciones del hogar”. La postulante impugna la frase “cuando con ello no perjudique el interés y cuidado de los hijos ni las demás atenciones del hogar”. Al analizar el artículo transcrito, se advierte que no contiene ninguna prohibición para que la mujer desempeñe un trabajo; por el contrario, es un precepto positivo que faculta a la mujer para desempeñar las actividades que enumera; sin embargo, ningún derecho puede tener carácter absoluto, sino que está sujeto a determinadas limitaciones. En el caso concreto, el derecho contenido en el citado artículo debe ejercitarse en armonía con los fines inherentes al matrimonio. Efectivamente, el matrimonio es una institución social que reconoce derechos e impone obligaciones y, entre éstas, se encuentran las de educar y alimentar a los hijos prevista en el artículo 78 del Código civil, en concordancia con el artículo 47 de la Constitución que organiza la familia sobre la base legal del matrimonio y la paternidad responsable, y el artículo 52 de la Constitución determina que la maternidad tiene la protección del Estado, que velará en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven. En tal virtud, tanto

el marido como la mujer tienen ineludibles obligaciones frente a los hijos menores que procrean, pues no se trata solamente de engendrar descendencia, sino de ser responsable en atender a los hijos. Ese tipo de obligaciones no significa que prestar atención a los hijos menores sea excluyente del derecho a trabajar. Ambos aspectos pueden desarrollarse paralelamente y, en la realidad de la vida, prácticamente en todos los hogares o en su gran mayoría, la mujer se desenvuelve en los diferentes campos de la actividad social, como obreras en las fábricas, secretarias, oficinistas o jefes en las oficinas del sector público o privado, en las diferentes profesiones, en la docencia, en la judicatura o magistratura, en cargos ejecutivos del Estado, en el campo de la política y en otros. En todo caso, corresponde a cada esposa atender sus actividades de trabajo y cumplir con las responsabilidades de madre que le impone el matrimonio. Eliminar la obligación de velar por la atención y cuidado de los hijos constituiría un acto contrario a los derechos del niño y del adolescente que garantiza el artículo 51 de la Constitución. En consecuencia la norma impugnada no transgrede las disposiciones constitucionales invocadas, porque no es restrictiva de la libertad e igualdad; de la libertad de acción, del derecho al trabajo; ni de optar a cargos públicos y participar en actividades políticas que, respectivamente, garantizan los artículos [...] de la Constitución, que invoca la postulante.

[...]

Se impugna también el artículo 114 del Código civil que dice: “El marido puede oponerse a que la mujer se dedique a actividades fuera del hogar, siempre que suministre lo necesario para el sostenimiento del mismo y su oposición tenga motivos suficientemente justificados. El juez resolverá de plano lo que sea procedente”.

Al respecto, se advierte que esta norma impugnada está estrechamente vinculada a la del artículo 113 del Código civil, considerada precedentemente. En efecto, el artículo 113 —en armonía con los fines inherentes al matrimonio y con los derechos y obligaciones derivados de la maternidad, como ya se dijo— establece la obligación de que, cuando la mujer desempeñe un empleo, profesión, industria, oficio o comercio, no perjudique el interés y cuidado de los hijos y las demás atenciones del hogar; el artículo 114, por su parte, legitima al marido para oponerse a que la mujer se dedique a actividades fuera del hogar, siempre que suministre lo necesario para el sostenimiento del mismo y que su oposición tenga motivos justificados, en cuyo caso compete al juez resolver de plano al respecto. Confrontados ambos artículos, se evidencia lo siguiente: las actividades de la mujer fuera del hogar, a las que el marido puede oponerse —conforme al artículo 114 del Código civil— son las que se refieren al desempeño de un empleo, una profesión, industria, oficio o comercio, previstas en el artículo 113 del mismo Código; la única persona legitimada por el artículo 114 para dicha oposición, es el marido, siempre que se den dos condiciones: que aquél suministre lo necesario para el sostenimiento del hogar y que tenga motivos justificados; esta justificación debe referirse evidentemente a que las actividades

fuera del hogar, por parte de la mujer, perjudiquen el interés y cuidado de los hijos o las demás atenciones del hogar que, conforme a la ley, competen a la mujer como esposa o como madre; además, no basta la mera oposición del marido, sino que se requiere el acuerdo de los cónyuges en armonía con el artículo 109 del propio Código y solamente en caso de desavenencia se puede someter a la decisión del juez competente; a este último respecto, vale considerar que el juez no es un extraño, porque la actividad jurisdiccional existe precisamente para resolver conflictos y, en este caso, para limitar cualquier eventual arbitrariedad por parte del marido y para determinar que los motivos por él argumentados se refieren a la protección de los hijos y al cumplimiento de las obligaciones legalmente atribuidas a la esposa y madre; o sea, en armonía con los fines inherentes al matrimonio —previstos en el artículo 78 del propio Código civil, en concordancia con el artículo 47 de la Constitución— y con las obligaciones derivadas de la maternidad, cuyo estricto cumplimiento está garantizado en el artículo 52 de la Constitución. En consecuencia, el artículo 114 del Código civil no es inconstitucional.

Senado de la República de Colombia
Proyecto de ley 02 de 2005
Por el cual se modifica el artículo 154 del Código civil colombiano
(“No más esclavitud femenina en el hogar”)⁶⁶

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 154 del Código civil quedará así:

Artículo 154. *Son causales de divorcio:*

1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado.
2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.
3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.
4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.

⁶⁶ Presentado por el senador Carlos Moreno de Caro y publicado en la *Gaceta del Congreso* 465 de 2005. El proyecto fue archivado después del primer debate. La ponencia del senador indígena Jesús Piñacué fue favorable, pero propuso que, además de una causal de divorcio, se estableciera una compensación como obligación alimentaria para el cónyuge que dedicó todo su tiempo al trabajo de cuidado, que esta compensación incluyera los costos de oportunidad en los que incurrió y le permitiera al cónyuge restablecer su vinculación laboral. La ponencia se incluyó en la *Gaceta del Congreso* 639 de 2005.

5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.
6. Toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.
7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.
8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años.
9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia.
10. La desigualdad al compartir las responsabilidades domésticas, el cuidado y atención de ascendientes y descendientes u otras personas dependientes a cargo.

Artículo 2º. Esta ley rige a partir de su publicación y deroga todas aquellas que le sean contrarias.

Carlos Moreno de Caro
Senador de la República

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Una suposición crucial, utilizada en Colombia, como en los demás países latinos, es que la dignidad de la mujer no puede preservarse a menos que la mujer sea, en cada aspecto *importante*, exactamente igual que el hombre. Cualquier diferencia reconocida entre hombre y mujer puede utilizarse como una excusa para tratarles de forma desigual.

La discriminación entre los dos conducirá inevitablemente hacia formas de discriminación *injusta* —tratando a la mujer como inferior al hombre en su valía o capacidades como persona y por tanto como indigna de las mismas prerrogativas y privilegios que el hombre tiene—. El temor es que la mujer sea restringida al cuidado de la casa y de los hijos como la única esfera en la que puede realizarse su verdadera vocación, especialmente si las diferencias principales entre los sexos incluyen la estrecha relación de la mujer con el embarazo y la crianza de los hijos.

[...]

Las mujeres trabajadoras enfrentaron el recorte sistemático de los derechos laborales durante varias décadas, la pérdida del empleo, salarios por debajo de los dados a los hombres y labores relegadas en su mayoría a extensión de los domésticos, sumado a las tareas y responsabilidades familiares, la violencia intrafamiliar, el desplazamiento, el abandono del compañero y el mantenimiento de los hijos, han sido,

poco a poco, solventados por el empuje de mujeres y el Estado, pero, aún hoy, en pleno siglo XXI, el comportamiento social mira de reojo la labor de la mujer laboralmente y la reprime a las labores de la familia y especialmente domésticas donde el compañero es un DON.

Desde mediados del siglo XIX, la presencia de las mujeres en el mundo del trabajo fue significativa. La mayoría de actividades eran extensión de los oficios que tradicionalmente la mujer desempeñaba en su hogar, pero el hecho de trabajar y ganar algún dinero las colocaba en una situación diferente. Muchas de ellas debían desplazarse continuamente por la ciudad, rompiendo el encierro doméstico a que estaban sometidas las mujeres de los sectores medios y bajos, para ser las cabezas de sus hogares.

La mujer asalariada

La equiparación entre el hombre y la mujer en el mundo del trabajo es aún lejana. No obstante, el número de personas del género femenino con rol laboral aumenta día a día. Cambia no sólo la cantidad sino las características del puesto de trabajo. Sin embargo la proporción de mujeres que ocupan altos cargos es considerablemente más baja de lo que se merecen por su nivel de capacitación.

Las mujeres empezaron a trabajar por necesidad económica, las mujeres de nivel económico más bajo, casadas o solteras, trabajaban fuera de la casa. El salario de la mujer tiende a ser más bajo. Además, la mujer trabajadora tuvo y sigue teniendo que realizar sus tareas hogareñas a la par con sus tareas laborales. El aumento de presencia de la mujer dentro de la universidad es un fenómeno que se da a partir de la década de los años 70 [...] en el mundo entero.

Un factor que afecta la posibilidad de ocupar cargos de conducción y liderazgo en las empresas es que la mujer entra y sale del mercado de trabajo cuando se casa o tiene hijos, ya que este tipo de trabajo no permite el alejamiento.

Otro factor es que a menudo la mujer no recibe la motivación necesaria para demostrar sus capacidades, ya que es sometida a realizar una labor considerada de poca importancia dentro de la empresa. Además de recibir una remuneración económica deben recibir una remuneración afectiva.

Las mujeres que no trabajan como asalariadas se sienten, a menudo, frustradas en su realización personal y marginadas de la vida moderna. Las que trabajan están hostigadas por la idea (a veces fomentada por el medio familiar y social) de ser malas madres o malas esposas e incluso por la idea de que una mujer sí o sí debe ser madre. Una mujer que ha conseguido el equilibrio entre sus ansias maternas y su realización como individuo establecerá una relación más beneficiosa con sus afectos.

Discriminación de la mujer

La discriminación dentro de las organizaciones se manifiesta de distintas maneras. La más común sucede al momento de asignar tareas. A la mujer le corresponde desarrollar tareas administrativas, o puede ser recepcionista o secretaria. Mientras los cargos gerenciales son reservados para el sexo masculino.

La mujer que llega a ocupar uno de esos puestos, por lo general, lo logra habiendo trabajado un período extenso dentro de la organización, haciendo carrera dentro de la misma. Así puede demostrar su capacidad y ser tomada en cuenta. El problema se presenta cuando una mujer quiere postularse para un alto cargo y no ha pertenecido a la empresa: difícilmente será elegida, sin importar el título o la experiencia que tenga.

En otros casos los empleadores no dudan de la capacidad de la mujer pero prefieren no contratarla por los costes que podría traerles un embarazo. En otros casos la discriminación viene dada en el caso de que la mujer esté casada o con hijos, supongo que en este caso se teme que el absentismo de la mujer sea mayor que el del hombre por tener que atender a la familia. Sin embargo, las estadísticas revelan que las trabajadoras que tienen un puesto de responsabilidad, incluso al tener hijos, no se ausentan más que los hombres.

En los últimos siglos se produjeron progresos espectaculares con respecto a la posición de la mujer en el mundo laboral. Cada vez son más las que trabajan en puestos considerados tradicionalmente exclusivos para los hombres. Las expectativas sobre sí mismas contribuyen al [hecho de que se] propon[gan] metas más elevadas por alcanzar.

Igualmente la mujer todavía no es escuchada, esto se ve por ejemplo en el hecho de que las mujeres latinoamericanas deciden reunirse en los encuentros de mujeres para tener alguien que comprenda su situación en la sociedad. Además el acceso a los altos cargos para las mujeres sigue siendo muy difícil. Los empresarios se niegan a admitir mujeres para tareas tradicionalmente masculinas. Un mismo título en manos de una mujer tiene menos valor que en las manos de un hombre y la promoción es mucho más difícil.

Para lograrla, una mujer tiene que acumular mayores méritos. No es reconocido el papel de la mujer como persona autónoma y responsable, capaz de compaginar sus roles de madre y trabajadora. Éste es un paso que debe dar la sociedad. La adaptación a este doble papel puede ser facilitada materialmente mediante la creación de servicios públicos que auguren en calidad y seguridad la atención de los niños mientras la madre permanece alejada en el trabajo.

La mujer debe dejar de ser vista como una ama de casa. Para esto, las mujeres deberán seguir intentando superarse profesionalmente y personalmente. A su vez el gobierno tendría que hacer algo más además de sólo fomentar con palabras el empleo de la mujer.

Las mujeres son el 50,55% de la población, es decir, cerca de 23.275.014 en el año 2005; en Colombia más del 80% de las mujeres que laboran reciben menos de dos salarios mínimos, ya que se eliminó y redujo el pago de horas extras, dominicales y festivos. Debido a la ley 789, en nuestro país son más las mujeres cabezas de familia, esto es, un 90% de las que trabajan e invierten su salario en gastos familiares. El 35% están afiliadas a seguridad social, y más del 50% de las personas en condición de desplazamiento forzado son mujeres y niñas.

El papel de la mujer tradicional

El papel de la mujer es[tá] predeterminado [por la forma] como se deben [...] comportar en el hogar y en sociedad. Ellas deben de ser una buena ama de casa y apoyar a sus maridos. En los lugares urbanos el papel de la mujer tradicional va cambiando pero el estereotipo del papel todavía tiene una presencia fuerte. La presencia fuerte manipula a la mayoría de las mujeres en lugares urbanos y rurales para mantener el papel tradicional. Los tres modos en que las mujeres deben de ser son el comportamiento en la sociedad, el cuidado de los niños y el apoyo de los maridos.

[...]

Por ejemplo, [...] muchas mujeres todavía piensan que no es bueno salir a fiestas solas. Hay ciertas normas de obedecer si eres una mujer. Una razón por la cual las mujeres tienen muchas reglas para actuar en la sociedad es en parte la religión. La religión en general es una parte grande en México. Por medio de las iglesias se encuentran varias reglas hacia los hombres y las mujeres pero más desequilibrado para las mujeres. Por ejemplo, las mujeres necesitan esperar hasta que se casen para tener relaciones sexuales, pero a los hombres se les permite explotar sus relaciones sexuales. En yuxtaposición, los niños aprenden la suma de estas normas de las madres. También, los maridos demandan mucha atención de las mujeres. Una mujer buena cuida a su marido con mucho cariño. Ella le cocina, le limpia la ropa, le hace cariños, etc. Ella vive con la idea de hacerlo feliz según el papel de la mujer tradicional y ¿qué pasa con la moderna y trabajadora?

Podemos ver que la mujer en la casa y en la sociedad debe seguir ciertas normas. La mujer siempre está bajo vigilancia por todos. El mundo espera que ella se comporte en [...] forma buena [en] todo tiempo. Aunque más mujeres se han independizado de la sociedad.

Conclusión

La Constitución Política de Colombia [...] consagra especiales garantías y derechos de las mujeres y de los grupos históricamente discriminados.

En el marco internacional, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —Convención de Belém do Pará—, la Plataforma de Acción de Beijing y la Declaración y Programa de Acción de Viena se constituyen en los principales referentes para el OAG.

A partir de la equidad social, se incorpora el enfoque de género, en cuanto se fundamenta en la construcción de relaciones de equidad entre mujeres y hombres, en el reconocimiento de la igualdad de derechos y en el respeto por la diversidad de género.

La equidad es otro concepto fundamental en el objeto de la presente ley, ya que es a partir de este principio que existe un trato diferencial a favor de la mujer, quienes están en una situación o posición de exclusión y el trato igual para quienes están en condiciones de igualdad. Entendiendo que “el principio de igualdad se traduce en el derecho a que no se consagren excepciones o privilegios que ‘exceptúen’ a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias”.

La Ley de Igualdad de Oportunidades para las Mujeres, ley 823 de 2003, constituye un marco institucional para garantizar la equidad y la igualdad de oportunidades de las mujeres en los ámbitos público y privado.

La equidad entre mujeres y hombres se plantea así como una dimensión ineludible del desarrollo humano y como un objetivo estratégico para un desarrollo sustentable, centrado en las personas. Los principios que rigen la política son: equidad, igualdad, participación y respeto a los derechos de las mujeres.

Respeto a la mujer es el objetivo de la presente ley, respeto en el hogar por parte del cónyuge o compañero, al compartir las tareas domésticas y de educación de los hijos, ya que la doble jornada laboral femenina está acabando en parte con los hogares colombianos.

La falta de apoyo conyugal, el estrés y el cansancio diario hacen que mujeres de diferentes niveles sociales excluyan su participación en relaciones maritales con influencia infantil.

En España, por ejemplo, el 40% de las trabajadoras realizan solas las tareas del hogar, dedican cinco veces más tiempo que los hombres a limpiar, cocinar, planchar, comprar y cuidar a los hijos.

Conseguir un equilibrio entre las tareas de la vida familiar y doméstica es uno de los puntos más candentes de las relaciones modernas. El respeto por las características biológicas y la lucha contra el machismo se encuentran inmersas en el fin de la modificación del Código civil, ya que así un grupo de mujeres y hombres se darán cuenta de la igualdad de sus sexos en la familia y el compromiso asumido ante sus hijos, al crear como causal de divorcio la no participación igualitaria en estas tareas, a partir de allí, no sólo el incumplimiento de las obligaciones de vivir juntos, socorrerse mutuamente y guardarse fidelidad serán parte de las causales.

Cuestiones a debatir

Primera cuestión a debatir: el mito de la domesticidad

Los cuatro documentos incluidos en torno al tema del trabajo de cuidado, o trabajo doméstico, tienen distintas perspectivas sobre cómo tratarlo: los primeros dos documentos reivindican su valor, aunque no dejan claro que la dedicación a este tipo de labores sea necesaria o exclusivamente femenina; el tercero fortalece la idea de que las mujeres son las más adecuadas para realizar trabajos de cuidado, y en consecuencia abogan por unas reglas que reflejen esa preferencia social; y el proyecto de ley que se presenta al final, por el contrario, propone que el trabajo doméstico o de cuidado sea considerado una obligación de ambos cónyuges y sea tratado como tal en la regulación del divorcio.

Todas las propuestas, sin embargo, asumen que algunas labores, necesaria o idealmente, deben ser realizadas sin remuneración por algún miembro de la familia. A principios del siglo XX, Charlotte Perkins Gilman llamó a este supuesto “el mito de la domesticidad”;⁶⁷ lo es porque se basa en ideas que no encuentran sustento en la realidad: que todos los seres humanos, y particularmente las mujeres, pueden realizar adecuadamente y además disfrutan las tareas domésticas; que es más eficiente que cada unidad doméstica se encargue de todas las tareas, y que todos los seres humanos, particularmente las mujeres, están igualmente capacitados para cuidar y educar niños. La autora propone que estas tareas reciban el mismo trato que otras sujetas a la especialización del trabajo de acuerdo con los gustos y actitudes y con exigencias de capacitación y acreditación equiparables a las de otros trabajos.

Preguntas

1. Explique las diferencias y similitudes entre las aproximaciones al trabajo de cuidado o doméstico de los diferentes documentos presentados.
2. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de cada aproximación?
3. ¿Cuáles son los principales obstáculos para que, según la propuesta socialista se profundice la especialización del trabajo y se incluyan las labores domésticas?

Segunda cuestión a debatir: la trampa de la sociedad conyugal

Como se dijo, la idea de que la sociedad conyugal compensa el trabajo de cuidado es bastante generalizada en Latinoamérica. No sólo es injusto que quienes

⁶⁷ Charlotte Perkins Gilman, *The Home, its Work and Influence*, AltaMira Press, Walnut Creek, 2002, pp. 36-61.

se dedican al trabajo de cuidado no tengan un reconocimiento económico, sino que además la sociedad conyugal se ha convertido en un incentivo perverso para mantener la tradicional división sexual del trabajo y la distribución de recursos por clase dentro de la sociedad. La sociedad conyugal funciona como un mecanismo para mantener la división sexual del trabajo, porque precisamente representa una forma de compensación para quien se dedica al trabajo de cuidado. Pudiendo contar con esta compensación, las mujeres tienen un incentivo, o al menos una seguridad respecto a su futuro económico, cuando deciden no participar en el mercado laboral.

Pero además, considerar que el trabajo de cuidado es compensado por la existencia de la sociedad conyugal, reproduce un sesgo de clase: la sociedad conyugal sólo puede compensar algo si la pareja efectivamente logró acumular bienes que pudieran ser distribuidos. Si lo único con lo que cuenta la pareja para su supervivencia económica es con el salario del hombre, la mujer no obtiene nada al momento de la liquidación de la sociedad, pues los salarios futuros no hacen parte de la sociedad conyugal.

Preguntas

1. ¿Qué alternativas habría para compensar las horas adicionales que las mujeres invierten en el trabajo de cuidado diferente a la de la sociedad conyugal?
2. ¿Cómo se compara la solución de la sociedad conyugal con la de las cuotas alimentarias o indemnizaciones basadas en las oportunidades perdidas o el costo de la mano de obra cualificada?

III. VIOLENCIA SEXUAL Y NO SEXUAL EN LA FAMILIA

Las feministas radicales sostienen que la familia es la forma que adopta el régimen que permite la expropiación de la sexualidad femenina,⁶⁸ y que una de las maneras como persiste es mediante la disciplina de las mujeres, ejercida a través de lo que se reconoce como violencia doméstica.⁶⁹ En su opinión, la familia opera para trivializar e invisibilizar los mecanismos de opresión de las mujeres.

En este sentido, las feministas radicales apuntan principalmente a erradicar el “residuo de tolerancia”⁷⁰ de las sociedades actuales frente a la violencia sexual

⁶⁸ Catharine MacKinnon, “Feminismo, marxismo, método y Estado: una agenda para la teoría”, en Mauricio García Villegas, Isabel C. Jaramillo Sierra y E. Restrepo Saldarriaga, eds., *Crítica jurídica*, *op. cit.*

⁶⁹ M. Frug, “Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno (una versión inconclusa)”, *op. cit.*

⁷⁰ La expresión “residuo de tolerancia” es utilizada por Duncan Kennedy para poner de relieve

en las calles, los hogares y lugares de trabajo, y frente a la violencia doméstica. Plantean que, para proteger otros bienes sociales como la “intimidación” del hogar, la armonía familiar o la camaradería en el trabajo, las mujeres han tenido que tolerar niveles inaceptables de violencia. Estos bienes se han protegido, en su opinión, al restarle credibilidad a las mujeres y trivializar sus experiencias de “daño”,⁷¹ y al exigir la demostración de certificaciones morales que no se exigen a los hombres en la misma situación.⁷²

En cuanto a la violencia sexual, han impulsado la creación de doctrinas sobre la violencia sexual entre cónyuges y entre conocidos, y sobre el acoso sexual.⁷³ Han luchado también para crear una legislación que propenda por la indemnización de las víctimas de la pornografía y que impida la circulación de materiales pornográficos particularmente perjudiciales para las mujeres.⁷⁴

En materia de violencia doméstica han creado las doctrinas sobre el síndrome de la mujer golpeada, han impulsado la creación masiva de albergues para mujeres víctimas de la violencia y sus hijos,⁷⁵ y han propiciado la legislación

que, aun si suponemos que las normas son claras en cuanto a qué conductas son inaceptables, existen algunas conductas que el aparato judicial no está dispuesto a reconocer como análogas a las que castigan las normas, y que el aparato policivo no está dispuesto a perseguir con igual esmero. Estas decisiones de los jueces y los policías tendrían que ver con las nociones de qué es lo que socialmente estamos dispuestos a tolerar. Ver Duncan Kennedy, “Sexy Dressing, Sexual Abuse and the Eroticization of Domination”, *op. cit.*

⁷¹ Las feministas radicales se han tomado particularmente en serio la idea de que la experiencia de las mujeres debe fundar el trabajo de transformación. Su principal herramienta metodológica, en consecuencia, ha sido elevar la conciencia en pequeños e informales grupos de mujeres. Ver, al respecto, Catharine MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, *op. cit.*, y Alice Echols, *Daring to be Bad*, *op. cit.*

⁷² Uno de los trabajos más importantes en materia de violencia sexual es el de Susan Estrich, *Real Rape*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

⁷³ La idea de que el acoso sexual en el trabajo era una instancia de discriminación sexual fue desarrollada por Catharine MacKinnon en *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, Yale University Press, New Haven, 1979. Una estupenda recopilación de artículos, en conmemoración de los veinte años de este libro se puede encontrar en Catharine MacKinnon y Reva Siegel, eds., *Directions in Sexual Harassment Law*, Yale University Press, New Haven, 2004.

⁷⁴ Sobre el daño que la pornografía causa a las mujeres, y las virtudes de la legislación propuesta, ver Catharine MacKinnon, “No es un asunto moral”, en *Derecho y pornografía*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1997. Una buena presentación del debate en el feminismo sobre pornografía se puede encontrar en Drucilla Cornell, ed., *Feminism and Pornography*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

⁷⁵ Ver Elizabeth Schneider, “Particularity and Generality: Challenges of Feminist Theory and Practice in Work on Woman-Abuse”, *67 New York University Law Review* 520, 1992, y “Theory and Experience in Constructing the Relationship Between Lawyer and Client: Representing Women who Have Been Abused”, *64 Tennessee Law Review* 1019, 1997.

sobre intervención policial obligatoria, esto es, aun en contra de la voluntad de la víctima.⁷⁶

Los cambios legislativos propiciados por las radicales han sido cuestionados por varias razones. En primer lugar, se señala que el énfasis en la victimización de la mujer ha dejado en un segundo lugar el trabajo de su empoderamiento. Las críticas aducen que esto incide negativamente en las mujeres en dos sentidos: por una parte, disuade a muchas mujeres que padecen violencia sexual o doméstica de buscar ayuda, pues esto implica asumirse como las víctimas que no quieren ser.⁷⁷ Por otra parte, supone para las mujeres víctimas el que asuman que dicha victimización marca su vida de tal manera, que deben luchar por muy largo tiempo para superar el trauma causado por la violencia.⁷⁸ Finalmente, la idea de víctima, asociada al síndrome de la mujer golpeada, se critica por haber sido usada contra las mujeres en casos de custodia adelantados por agencias del Estado o por los padres de sus hijos.⁷⁹

En segundo lugar, se señala que los cambios legislativos no han tenido el acompañamiento ni han recibido la colaboración necesaria y lo suficientemente efectiva por parte de las burocracias como para superar airoosamente la situación.⁸⁰ Algunas críticas hacen particular énfasis en que la intervención obligatoria de las autoridades de policía no se acompaña de servicios que les permitan a las mujeres demostrar la necesidad de una protección intensa y conseguir los recursos para proteger su vida y la de sus hijos frente a los ataques de sus esposos o compañeros permanentes.⁸¹

⁷⁶ La iniciativa legislativa más importante en este sentido en los Estados Unidos —Violence Against Women Act (VAWA)— fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos. Los remedios civiles que preveía la ley para casos de violencia sexual y doméstica, sin embargo, fueron declarados inconstitucionales por la Corte Suprema de los Estados Unidos —el Congreso Federal no tenía competencia para pronunciarse sobre este tema—. *United States v. Morrison*, 120 S.Ct. 1740.

⁷⁷ Martha Mahoney, “Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation”, 90 *Michigan Law Review* 1, 1991.

⁷⁸ Kathryn Abrams, “Sex Wars Redux: Agency and Coercion in Feminist Legal Theory”, 95 *Columbia Law Review* 304, 1995, y Janet Halley, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, *op. cit.*

⁷⁹ Ver, por ejemplo, Mary E. Becker, “Domestic Violence, Child Abuse, and the Law: Double Binds Facing Mothers in Abusive Families: Social Support Systems, Custody Outcomes and Liability for Acts of Others”, 2 *University of Chicago Law School Roundtable* 13, 1995.

⁸⁰ Deborah Epstein, “Effective Intervention in Domestic Violence Cases: Rethinking the Roles of Prosecutors, Judges and the Court System”, 11 *Yale Journal of Law and Feminism* 3, 1999, y Margret E. Bell y Lisa A. Goodman, “Supporting Battered Women Involved in the Court System”, 7 *Violence Against Women* 1377, 2001.

⁸¹ Jill Davies, Eleanor Lyon y Diane Monti-Catania, *Safety Planning with Battered Women*, Sage Publications, Thousand Oaks, 1998.

En tercer lugar, aducen que el énfasis en la dominación, como característica de la sexualidad, ha hecho que las mujeres tengan pocos espacios para imaginar su propio placer en la sexualidad.⁸²

Finalmente, algunas críticas anotan que las feministas radicales no han asumido los costos de sus intervenciones para los hombres negros y pobres, que soportan mayores tasas de encarcelación en general y contra quienes se han aplicado con más rigor las leyes impulsadas por las radicales, así no sean los principales perpetradores; y para las personas de orientación sexual diversa, que son blanco de los aparatos represivos cuando se trata de temas de sexualidad.⁸³

En el derecho latinoamericano, desde el período colonial, la violencia doméstica ha sido causal de divorcio.⁸⁴ La violencia sexual, por el contrario, no ha sido siquiera imaginada como posible en el ámbito de las relaciones conyugales en consideración al llamado “débito conyugal” u obligación de cada cónyuge de satisfacer las necesidades sexuales del otro.⁸⁵ Pero en cambio el incumplimiento del débito conyugal sí ha sido contemplado como causal de divorcio, pues puede ser enmarcado como un “grave e injustificado incumplimiento” de los deberes conyugales.

En la última década, sin embargo, los países latinoamericanos han expresado su preocupación por la violencia física y sexual contra las mujeres en sus hogares, y han actuado en consecuencia: adoptaron la Convención de Belém do Para en el contexto de la Organización de Estados Americanos,⁸⁶ y aprobaron

⁸² Janet Halley, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, op. cit., y Katherine Franke, “Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law and Desire”, *101 Columbia Law Review* 181, 2001.

⁸³ Janet Halley, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, op. cit.

⁸⁴ Ver, por ejemplo, Pablo Rodríguez, *Sentimientos y vida familiar en el Nuevo Reino de Granada*, Ariel, Bogotá, 1997, y Sonia Lipsett-Rivera, “La violencia dentro de las familias: formal e informal”, en Pilar Gonzalbo Aizpuru y Cecilia Rabell Romero, eds., *Familia y vida privada en la historia de Iberoamérica*, El Colegio de México y Universidad Autónoma de México, México D.F., 1996.

⁸⁵ Aunque en los últimos diez años la doctrina latinoamericana y las Cortes han reconocido que puede haber violencia sexual entre cónyuges, en general este tipo de daño sólo es relevante cuando se relaciona con patrones de violencia física que para los jueces resultan más “graves” o “preocupantes”. Ver Sentencia C-296 de 1997, Corte Constitucional de Colombia (declara inexecutable el artículo de la ley de violencia doméstica que establecía una pena reducida para la violencia sexual entre cónyuges); e Isabel C. Jaramillo, “El hogar: ¿público o privado? A propósito de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre violencia entre cónyuges y compañeros permanentes”, en Manuel José Cepeda, ed., *Derecho constitucional. Perspectivas críticas*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1999.

⁸⁶ Los países miembros de la OEA adoptaron la Convención de Belém do Pará en 1994, que entró en vigencia en marzo de 1995. A la fecha, sólo Estados Unidos no ha suscrito la Convención. Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos*, en www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos8.htm. El tema de la violencia doméstica está también en el centro de la

leyes en el ámbito interno que visibilizan el tema de la violencia doméstica y aportan herramientas para proteger a las mujeres.⁸⁷ La mayoría de estas leyes crean delitos de violencia familiar y prevén mecanismos civiles —ante jueces de familia— mediante los cuales las mujeres pueden pedir la expulsión del agresor del lugar de residencia familiar, la protección policiva necesaria para impedir su regreso, la reparación de los daños causados y la fijación de cuotas alimentarias.

Las normas sobre violencia sexual y débito conyugal, sin embargo, han sido generalmente leídas por los jueces a la luz de normas sociales que invitan a las mujeres a soportar dosis importantes de agresión antes de terminar una relación, especialmente si hay hijos, y de cuestionamientos sobre la conducta de la víctima y querellante. Además, son pocos los recursos que se han dispuesto para que la policía atienda de manera efectiva los llamados de las mujeres que piden ayuda cuando la conducta de sus cónyuges o compañeros amenaza sus vidas. El capítulo “Violencia” de este libro desarrolla con profundidad este tema; éste sólo presenta fallos y doctrina que revelan algunas de las tensiones más importantes en esta discusión desde la perspectiva de la familia. Éstos fueron agrupados en torno a dos problemas: la resignación a la violencia para proteger a la familia y la culpabilización de la víctima.

A. PRIMER PROBLEMA: LA RESIGNACIÓN FRENTE A LA VIOLENCIA PARA PROTEGER A LA FAMILIA

A pesar de los compromisos legislativos asumidos por los países latinoamericanos, a las mujeres se les sigue proponiendo la resignación como actitud frente a la violencia doméstica. Dos argumentos se esgrimen como justificación: por una parte, que la unidad familiar tiene tal valor, que sólo niveles considerables de violencia física pueden justificar desquiciar la relación de pareja; por otra, que para establecer qué tipos de violencia ameritan la intervención de legisladores y

propuesta del Banco Mundial sobre cómo integrar el género al desarrollo. Ver *Hacia la integración de sexos en el desarrollo económico*, Informe del Banco Mundial sobre investigaciones relativas a políticas de desarrollo, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 2002. Disponible en <http://siteresources.worldbank.org/INTGENDER/Resources/spanishprsum.pdf>.

⁸⁷ En 1994 Argentina adoptó la ley 24417 sobre violencia familiar; en 1993 Perú adoptó la ley 26260 sobre violencia familiar (modificada posteriormente por la ley 26763 de 1996); en 1994 Chile adoptó la ley 19325 (modificada por la ley 20066 en el 2005); en 1996 Guatemala adoptó la ley 97 sobre violencia familiar; en 1998 Venezuela adoptó la ley sobre violencia contra la mujer y la familia, y en 1996 Colombia adoptó la ley 294 sobre violencia en la familia (modificada por la ley 575 de 2000), entre otros. Ver “Leyes de violencia” en www.oas.org/CIM/Spanish/LeyesdeViolencia.htm.

jueces es necesario tener en consideración que la intimidad familiar es un valor que los ordenamientos protegen.

Aunque las leyes de violencia intrafamiliar apuntan precisamente a debilitar estos argumentos, siguen teniendo gran peso, como lo revelan los casos que se presentan a continuación. En ellos los jueces, al contrario de las mujeres demandantes, consideran que la situación que ellas viven es tolerable o susceptible de negociación y reconciliación. En ambos casos proponen la intervención de psicólogos o psiquiatras, y en el segundo, además, se remite al aparato burocrático encargado de conciliar conflictos familiares.

Corte Suprema de Justicia de Perú

Luisa Lizárraga Prat de Kaelin contra Óscar Guillermo Kaelin Cavenecia

10 de enero de 1997

Problema jurídico

¿Se protege el privilegio masculino de ejercer violencia cuando a una mujer se le niega el divorcio por no haber demostrado que la violencia ejercida contra ella fuera “permanente”?

Hechos

La demandante solicitó el divorcio por daño psicológico, alegando haber sido insultada y agredida físicamente en reiteradas ocasiones.

Decisión de la Corte

La Corte niega el divorcio y dispone que el núcleo familiar, cónyuges e hijos, hagan una terapia de grupo con un psicólogo profesional que se encargue de evaluar y diagnosticar el problema y de reconducir el comportamiento y el trato entre los miembros de la familia.

Extractos

[...]

Que revisados los autos, puede colegirse que si bien es cierto que la parte demandante ha aportado medios probatorios (documentos: copia de denuncias policiales, grabaciones y fotografías y reconocimiento de los últimos) para tratar de llevar la convicción, [...] éstos no cumplen con la finalidad de producir convicción o certeza respecto al “permanente” menosprecio, insultos y agresiones verbales que afirma ser víctima, tratándose, como la propia actora expresa, tanto en su escrito de demanda como en su declaración prestada en el acto de la Audiencia realizada el cinco de febrero del presente año [...] de reacciones motivadas ante determinadas conductas de la misma

[...] decisión adoptada el tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco de interrumpir la cohabitación, reacción ante un altercado producido el doce de ese mes y reacción producida el dieciséis de junio de dicho año, por la presentación por la abogada de la actora, de una propuesta de convenio de separación convencional.

[...]

Que, consecuentemente, al no haber probado la accionante el permanente menosprecio, insultos y agresiones verbales que alega, los que sustentan su pretensión de divorcio, debe declararse infundada la demanda.

[...]

Es necesario precisar que en el derecho de familia es fundamental el rol del juez, quien en casos como el presente, cuando llega a su conocimiento la existencia de conflicto familiar, no puede adoptar una postura de simple espectador, correspondiéndole intentar restablecer el equilibrio roto y afianzar el núcleo familiar, prevaleciendo el interés superior que propugna preservar la integridad de la familia y la de sus miembros.

[...]

Que, consecuentemente, resulta necesario dictar una medida terapéutica, siendo imprescindible la colaboración de los integrantes del núcleo familiar, máxime que los hijos menores del matrimonio [...] han presenciado los hechos, según lo expuesto por las partes en la demanda y en la contestación de la misma.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-062 de 1996

Problema jurídico

¿Se ejerce el privilegio masculino a la violencia contra las mujeres en el marco de la familia cuando un esposo agrede al hermano discapacitado de su esposa que vive con ellos?

Hechos

El esposo de la demandante, molesto con la presencia del hermano discapacitado de la demandante en el hogar matrimonial, lo agrede y lo insulta.

Decisión de la Corte

Ordena proteger los derechos a la integridad personal y dignidad de Melquisedec Benavides, hermano de la demandante, pero también que la familia del discapacitado se haga cargo de él, de tal manera que el esposo de la demandante no tenga que soportar una carga injustificada.

Extractos

[...]

La demandante manifiesta que su hermano tiene [50] años de edad, padece epilepsia hace 35 años y es huérfano de padre y madre, por lo que en los últimos tres años le ha hospedado en su hogar y le ha alimentado. Afirma que cuando no está enfermo, éste hace mandados y trae leña, con lo cual devenga algún dinero para costearse los gastos médicos. Añade que el enfermo tiene otros hermanos que residen en la ciudad de Cali, pero que éstos no están en capacidad de hacerse cargo de él.

Según la demandante, la situación creada por la presencia de su hermano en la casa, que comparte con su esposo, se ha tornado insoportable, debido a la conducta agresiva de este último. Sostiene que Idelfonso Chávez hostiga y agrede constantemente al enfermo, mediante insultos, gritos y maltratos. El demandando ha llegado a apagar las luces de toda la casa para interferir la convivencia pacífica y forzar a su cuñado a abandonar el hogar.

[...]

Las pruebas que obran en el expediente no muestran una situación de violencia actual en el seno de la familia. Sin que pueda descartarse que en un momento dado se hubieren presentado acciones físicas o verbales de alguna intensidad, lo que sin duda se configura en un grave conflicto familiar en torno a la presencia y manutención del hermano de la demandante y cuya vocería ésta asume con el objeto de que se le garantice, por parte de su esposo, un tranquilo hospedaje básicamente en atención a sus condiciones personales.

[...]

La Corte ha reiterado que las meras desavenencias familiares, que no se expresen a través de actos de violencia, deben ser dirimidas de acuerdo con las pautas morales y sociales vigentes en el grupo y según la voluntad de sus miembros, salvo que se trate de asuntos que tengan relevancia para el derecho y que éste los regule. A este respecto, ha señalado la Corte Constitucional:

Desde la perspectiva intrafamiliar, la jurisprudencia constitucional se ha concentrado en las violaciones a los derechos fundamentales que tienen lugar dentro del contexto de la esfera familiar. El criterio que impera en esta materia es el de la defensa de los derechos de los niños y el de la interdicción de toda forma de violencia familiar (C.P. art. 44). La acción de tutela desplaza las acciones previstas por la legislación ordinaria en aquellos casos en los cuales el estado de indefensión de uno de los miembros del grupo familiar —física o psíquica— justifica una intervención pronta del juez, con el objeto de proteger un derecho fundamental.

La familia es un objeto de regulación de enorme importancia jurídica y moral. Sin embargo, el derecho encuentra allí límites claros y precisos a su capacidad reguladora. Las condiciones requeridas para que la familia se constituya en un ideal social

e individual son múltiples y sólo una parte relativamente pequeña corresponde al derecho. La familia es ante todo una cultura y una manera de percibir la realidad a través de unos valores específicos. Esta cultura familiar no sólo no puede ser directamente lograda por el derecho, sino que constituye un ámbito de libertad que debe ser protegido de toda interferencia institucional.

La peticionaria —que sólo acreditó la existencia de una situación familiar de desavenencia que no alcanza a ser calificada de violencia familiar— está demandando del ordenamiento jurídico una contribución que supera su capacidad para incidir en el cuerpo social. La solución a los problemas de la señora [...] debe ser encontrada, en estas circunstancias, en el ámbito moral propio de las relaciones intersubjetivas familiares y no en el derecho (ST-060 de 1995).

En este orden de ideas, la Corte, desde el punto de vista práctico, no puede mediar entre los esposos que discuten acerca de una materia que reviste especial trascendencia para la vida familiar. Sin embargo, independientemente del arreglo que convengan, dada la alta probabilidad de que el demandado ejerza actos de violencia física o moral contra éste, se otorgará la tutela impetrada bajo la modalidad de protección temporal frente a la amenaza de que puedan llevarse a cabo, y estará vigente mientras persista la comunidad de techo. En efecto, el demandado, de una parte, admite que en repetidas ocasiones ha ultrajado a su cuñado, a quien considera peligroso, un pesado gravamen para una familia de escasos recursos económicos y, también, un intruso que ha desestabilizado emocionalmente su propio hogar. A esta pugnacidad y predisposición negativa, se suma la debilidad de Melquisedec que, si bien no es absoluta —puede ocuparse en algunos quehaceres, salvo en los períodos de convulsión—, sí es suficiente para convertirlo en fácil víctima de maltratos y tratos crueles.

[...]

Aparte de esta protección eminentemente temporal, no puede la Corte acceder a las restantes peticiones de la demandante. La intención de una persona, referida a una eventual acción futura, difícilmente puede ser objeto de control. No se ve cómo un juez pueda pronunciarse sobre el plano de las intenciones personales —con prescindencia de su calificación positiva o negativa—, inclusive antes de que se produzcan hechos o amenazas de comportamientos antijurídicos. Por consiguiente, a través de la acción de tutela, sobre la base de la intención de expulsar al pariente que abriga el demandado, sin otros elementos adicionales, no sería posible obtener una orden judicial en el sentido de que cesara en dicho empeño, así ello tuviera el efecto de tranquilizar a la demandante y a su hermano.

La simple inconformidad del demandado con la estadía de su pariente en la vivienda, lo mismo que su aparente intención de expulsarlo en un momento futuro, por sí solas, no vulneran ningún derecho fundamental. Las personas son libres de sentir molestias

y disgustos y de expresarlos, siempre que lo hagan sin recurrir a la violencia. A su turno, si lo anterior causa molestia y desagrado al otro cónyuge y a los demás miembros de la familia, no puede apelarse al derecho, menos todavía a la acción de tutela, para obtener que se supriman las formas en que se transparenta el disgusto o se resuelva acerca de sus causas cuando éstas se sitúan en la esfera de las intenciones.

[...]

No obstante lo expuesto, es posible interpretar la demanda de tutela en el sentido de que se busca la protección ante la amenaza, reputada antijurídica, de que el otro cónyuge expulse de su casa al pariente enfermo de la demandante que allí habita desde hace tres años.

La Corte, en su sentencia T-061 de 1996, ha sostenido que el derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene como función principal asegurar a la persona un espacio limitado, protegido de toda suerte de intromisiones externas ilegítimas, de modo que en su interior pueda desplegar libremente su personalidad y disfrutar de privacidad e intimidad. Por esta razón, el titular del domicilio dispone de la facultad de decidir, con las excepciones que contempla la Constitución, todo lo relacionado con el ingreso y permanencia de otras personas dentro de su propio espacio reservado. Justamente, los ingresos, permanencias y registros no tolerados, constituyen injerencias extrañas o arbitrarias, frente a los cuales este derecho constitucional inmuniza a sus titulares y les autoriza a reaccionar.

El domicilio conyugal es esencialmente un domicilio cuya titularidad comparten los cónyuges. Como quiera que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades (C.P. art. 43) y que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre sus integrantes (C.P. art. 42), no es posible que únicamente sea el esposo el que adopte las decisiones finales sobre el ejercicio concreto del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Las permisiones de ingreso o las exclusiones de ingreso y permanencia, corresponden en un plano de igualdad a los dos cónyuges. La cotitularidad del derecho al domicilio y al goce de la intimidad familiar, indica que ésta es una materia en la que, por regla general, debe primar el consenso.

La cotitularidad del derecho es compatible con el ejercicio individual del mismo, siempre que no afecte de manera ilegítima la intimidad familiar o entrañe un abuso del derecho y una ruptura de la armonía de la familia, la que se basa en la idea de respeto recíproco entre sus integrantes (C.P. art. 42).

La decisión sobre la continuación de lo que ha sido ya una permanencia prolongada del pariente de uno de los cónyuges, por las implicaciones que tiene en la intimidad, la privacidad y en la misma economía de la familia, corresponde al género de determinaciones que se reservan a la pareja y no pueden depender de uno solo de sus miembros.

La imposición unilateral por parte de la esposa, en este caso, desconoce que la ley no establece a cargo del demandado la obligación de procurar la manutención de su cuñado o la de alojarlo en su domicilio. Las acciones moralmente elogiables que están por fuera de los deberes legales o que las exceden, no pueden tener otro fundamento distinto que el consentimiento de quien las asume y no admiten, por lo tanto, constreñimiento alguno para su realización o para que se persista en las mismas. El ideal de vida buena no se concibe separada de un agente moral que libremente la adopta y la proyecta en sus actos. En estas condiciones, pretender anular el consentimiento del demandado equivaldría a quebrantar su derecho al libre desarrollo de su personalidad (C.P. art. 16), pues la adopción de conductas morales no exigidas por el derecho se libra a la autonomía de la persona y como tal se incorpora en el plan individual de vida.

El respeto recíproco que entre sí se deben los cónyuges (C.P. art. 42) podría interpretarse en el sentido de que el demandado, en este caso, estaría obligado a soportar las consecuencias derivadas del cumplimiento del deber de asistencia familiar a cargo de su esposa, más aún si está de por medio el principio de solidaridad social (C.P. art. 95-2). Dado que el deber legal de la cónyuge en relación con su hermano enfermo es autónomo, no es transmisible o comunicable a su esposo. En consecuencia, el apoyo material que se espera del demandado no puede dejar de tener una base voluntaria. Esta conclusión se refuerza si se toma en consideración que la conducta reticente del demandado está motivada por su rechazo a asumir un comportamiento supererogatorio, al cual no se siente obligado por representar un sacrificio excesivo a su propia autonomía personal y a su derecho a gozar de una vida privada con un mayor grado de intimidad.

En realidad, resulta desproporcionado que el alojamiento permanente del hermano en el hogar que forman demandante y demandado, sea la única forma que le permite a la primera, contando con el apoyo adecuado de su esposo, satisfacer sus obligaciones familiares y que, éstas, sólo se puedan cumplir gracias al sometimiento forzoso del demandado que legalmente no está obligado a ello y que se ve en la necesidad de asumir la respectiva carga económica y soportar la injerencia indebida en su autonomía e intimidad, no obstante la existencia de varios familiares sobre los que pesa el deber de asistencia y manutención.

El camino a seguir, una vez verificado un conflicto familiar, no lo puede sugerir la Corte Constitucional que, por el momento, se limita a establecer que no viola o amenaza el derecho fundamental del pariente de su esposa que por un período de tiempo ha permanecido en su casa, el esposo que se niega a seguir brindándole hospitalidad, tanto por motivos de orden económico como por la afectación que representa para la intimidad familiar. Para la Corte resulta ilegítimo el ejercicio concreto del derecho a la inviolabilidad del domicilio que hace uno de sus cotitulares cuando el

mismo se traduce para el otro titular en un sacrificio excesivo y desproporcionado respecto de su autonomía e intimidad.

Por lo expuesto, se dispondrá que mientras los esposos llegan a un acuerdo sobre la interrupción o la prolongación de la permanencia de Melquisedec, o sus familiares establecen la forma de concurrir equitativamente a su sostenimiento y manutención en caso de ser necesario, el demandado se abstendrá de ultrajarle y, en general, de realizar actos de violencia física o verbal. Con el objeto de coadyuvar a la resolución de la controversia familiar de orden interno, se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, a través del Defensor de Familia, adopte las medidas y las acciones que sean pertinentes.

Cuestiones a debatir

Los fallos incluidos aquí revelan la importancia que se le sigue concediendo a la unidad familiar y a la intimidad familiar, aun en contextos de agresión contra las mujeres. En ambos casos se deja en manos de personas diferentes a los jueces la solución del conflicto: en el primer fallo se recomienda a los cónyuges asistir a terapia familiar; en el segundo se solicita la intervención de operadores jurídicos sin funciones judiciales y parte del órgano administrativo que se encarga de la vigilancia y apoyo a las familias. En ambos casos se minimiza la preocupación de la mujer y se le invita a negociar nuevamente, como si no fuera el agotamiento de esta vía lo que generalmente lleva a buscar una solución judicial. En ambos casos, los jueces estaban facultados para decidir el fondo y a favor de la mujer.

Preguntas

1. ¿Cuando la vía de la negociación ha sido agotada, deberían los jueces poder decidir? ¿Qué se gana y qué se pierde cuando se obliga a la mujer a seguir negociando o conciliando con su marido o familiares?
2. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de incluir en las legislaciones divorcios unilaterales sin necesidad de demostrar culpa?
3. ¿Se protege integralmente a la víctima del maltrato con una sentencia de divorcio?

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA RESPONSABILIZACIÓN DE LA MUJER

Existe otra forma de negar a las mujeres la protección que buscan contra las agresiones de sus esposos: ocurre cuando los jueces señalan que esas agresiones

responden a alguna “culpa” de la víctima —un comportamiento “desobediente” o una actitud “defensiva”— y por ello las justifican.

Si se avala el que la violencia doméstica se entienda como un privilegio masculino destinado a disciplinar a las mujeres, resultaría que *en todos los casos* los hombres usan la violencia física para lograr obediencia, ya sea mientras dura la convivencia o después de ella. Así, el derecho estaría reforzando ese privilegio cuando considera que no permanecer inerte frente a la violencia sería una “culpa” de la víctima que la excluye de protección especial orientada a mujeres “indefensas”.

Vale la pena resaltar que, nuevamente, en ambos casos la Corte Constitucional colombiana protege los derechos de los niños por considerarlos “puras” víctimas de la situación que atraviesan sus padres.

Corte Constitucional de Colombia **Sentencia T-420 de 1996**

Problema jurídico

¿Se reproduce el privilegio masculino a la violencia cuando a una mujer amenazada de muerte por su esposo se le niega la protección, aduciendo que ella ya no vive en la misma ciudad que él, y a pesar de que las amenazas contra su vida ocurrieron en la ciudad donde la mujer tiene su nuevo domicilio?

Hechos

La demandante se separa legalmente del demandado a raíz del maltrato que éste le infligía. Aunque la mujer se muda de ciudad, él la sigue hasta allí, se lleva a sus hijos sin aviso previo, la amenaza de muerte, hace disparos al aire e irrumpe en su nuevo domicilio para robarle.

Decisión de la Corte

La Corte no concede la solicitud de protección de la demandante porque ha demostrado que otros mecanismos judiciales han sido efectivos, y porque considera que al haberse trasladado a otra ciudad está menos indefensa.

Extractos

[...]

Asegura la peticionaria, que de la unión marital con el demandado nacieron los menores A, B y C; pero que a raíz del maltrato que éste le infligía, decidió separarse [dieciocho] meses atrás.

Desde comienzos de 1996, la peticionaria se radicó en Montería, donde inició sus estudios de derecho en la jornada nocturna; sin embargo, afirma, su ex compañero la sigue coaccionando, injuriando y amenazando para que regrese a vivir con él.

Entre una de esas formas de coacción —aclara— está el hecho de que en cualquier momento llega y se lleva los niños por varios días, ocasionándoles perjuicio en sus clases y causándoles graves perjuicios morales. También como forma de coacción me hace amenazas de muerte e incluso golpes y en alguna oportunidad me hizo un disparo. De ello existe denuncia ante la inspección de policía de Buena Vista, donde sucedió el hecho.

En efecto, la peticionaria presentó denuncia contra YY [...] por el delito de tentativa de homicidio. En dicha denuncia relató la manera como sucedieron los hechos en los que el demandado le hizo un disparo fallido, cuando aquélla se encontraba con uno de sus hijos.

La peticionaria relata en su demanda de tutela que

En el día de ayer, 9 de abril, se presentó a mi residencia en la dirección ya anotada el señor YY y en forma violenta entró a las alcobas, y sacó todos mis vestidos, mi cédula de ciudadanía y pasaporte, todo lo cual se lo llevó. También me despojó de mis libros de estudios, de mi agenda personal, cuadernos de apuntes de mis estudios, dineros, etc.

Además de lo anterior, se llevó a los niños C y B. Además, se presentó al Colegio Centro Docente La Rivera y en forma altanera exigió de la directora de dicho colegio la entrega de los documentos del menor C.

Finalmente, acusa también a su compañero por incumplimiento de sus deberes familiares.

[...]

Procedencia de la acción respecto de la solicitante:

Tal como se explicó [...], la indefensión como requisito de la proced[encia] de la acción de tutela por motivos de violencia intrafamiliar requiere como factor determinante el que esa violencia sea ejercida en el ámbito doméstico del hogar. De esta manera, establecido que en el caso bajo examen la solicitante no convive con el demandado y que incluso tienen su residencia fijada en municipios distintos, estima la Sala que no existe un verdadero estado de indefensión que haga prosperar la presente acción, en cuanto se dirige contra un particular.

Es cierto que la conducta del demandado resulta violatoria de los derechos fundamentales que la demandante pide tutelar. Pero no toda violación de derechos fun-

damentales implica de por sí que la acción de tutela sea el medio jurídico pertinente para lograr su protección. Existen en el panorama jurídico innumerables mecanismos jurídicos apropiados para la defensa de los derechos fundamentales, reservándose la acción de tutela como el residual y subsidiario, esto es, como el llamado a prosperar sólo en ausencia de otro medio alterno.

En el caso presente, aparte de no configurarse un estado de verdadera indefensión en cabeza de la accionante [...], observa la Sala que tuvo ella expeditas las acciones de tipo penal para repeler las agresiones que contra su vida y su intimidad ha llevado a cabo su antiguo compañero, así como para denunciar los hechos que configuran delitos contra la propiedad. Por ello, aunque consciente de la gravedad de los hechos planteados, se verá en la necesidad de negar la tutela impetrada, en cuanto a los derechos de la accionante se refiere.

[...]

Corte Constitucional de Colombia **Sentencia T-199 de 1996**

Problema jurídico

¿Se protege el “privilegio” masculino de acudir a la violencia contra esposas y compañeras permanentes cuando la violencia se excusa y se busca justificar alegando que la mujer se defendió con agresiones físicas también?

Hechos

La demandante convive desde hace más de trece años con el demandante. Alega que en ese lapso de tiempo ha sido víctima de agresiones físicas y psicológicas; que la última agresión la incapacitó para trabajar por un período de quince días. El demandado alega que la demandante se defiende de él lanzándole agua hirviendo y agrediendo físicamente de otras maneras.

Decisión de la Corte

Protege los derechos de los niños a vivir en un hogar libre de violencia y ordena a ambos cónyuges a detener las agresiones recíprocas.

Extractos

[...]

La señora Eulides Esther Tesillo manifiesta que desde hace trece años, cuando inició vida marital de hecho con el demandado, ella y sus dos hijos menores vienen siendo objeto de constante maltrato por parte de éste, lo que les ha generado afecciones psicológicas y pone en peligro su vida pues “[...] a este señor no le ha sido suficiente

con maltratarla de palabra, sino que la ha golpeado con objetos en diferentes partes del cuerpo, que por milagro no le han ocasionado la muerte”.

Para corroborar sus afirmaciones, la demandante incluye como material probatorio, dictamen médico reciente en el que se hace constar la presencia de múltiples laceraciones en su anatomía que le derivaron, en ese entonces, una incapacidad de quince (15) días.

[...]

Como se observa, el rol de supervisión social del Estado debe ser ejercido cuando la armonía interna, que debe ser la constante en el desarrollo de la vida familiar, se resquebraja poniendo en peligro la integridad individual de quienes la conforman. En casos semejantes, la autoridad debe actuar en consecuencia y tomar las medidas necesarias para evitar la concreción de perjuicios irremediables en cabeza de los integrantes del núcleo social. Esto, teniendo muy en cuenta la prioritaria y reconocida atención que se debe prestar a los menores afectados, quienes, en razón principalmente de la incapacidad que los limita, no están en posibilidad de ejercer la propia defensa de sus derechos. En lo relativo a la protección de los derechos de los niños, ha dicho esta Corte:

En el caso de los niños, el derecho constitucional preferente que les asiste, consistente en “tener una familia y no ser separados de ella”, no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos.

Cuando la tranquilidad del hogar se ve perturbada por las ofensas, los altercados, los insultos, los enfrentamientos verbales o las amenazas, el entorno que requieren los menores para su correcta formación resulta viciado y el núcleo primordial de sus derechos principia a comprometerse, a lo cual se une necesariamente un progresivo deterioro de su personalidad, de su estabilidad emocional y de su sana evolución psicológica.

La situación es todavía más grave cuando de la simple pendencia doméstica se pasa a la violencia física o moral, pues entonces se quiebran los moldes del debido respeto y el ámbito hogareño, que debería ser de paz por la alta misión que le compete, se convierte en motivo inevitable de zozobra, miedo y pérdida de los valores espirituales, con notorio daño para el proceso de formación personal de los niños y para el adecuado logro de los cometidos propios de la familia (Sentencia T-378/95. Magistrado ponente, Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

[...]

A partir de la denuncia presentada por la actora, puede constatar, en principio, que su compañero permanente ha incurrido, además del maltrato psicológico, en acciones de violencia física en su contra, que vienen perjudicando de contera la integridad de sus hijos. El artículo 42-9 del decreto 2591 de 1991 dispone que será procedente la acción de tutela “Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión en el menor que solicite la tutela”.

Una vez constatado, según las declaraciones que obran en el expediente, que el maltrato es verídico, debe entrar la Sala a decidir si efectivamente se cumple el requisito del estado de indefensión, exigido por la norma, para que las pretensiones de la acción de tutela sean viables.

Ya que los testimonios rendidos por los involucrados en el presente conflicto son claros en cuanto a la manera como se desarrolla la vida familiar entre la señora Eulides Esther Tesillo y su compañero permanente, no es difícil dilucidar que el aparente estado de indefensión de la primera con respecto del segundo es muy relativo.

El concepto de indefensión tiene que ver con las condiciones particulares de quienes intervienen en la relación, por lo que en cada caso debe hacerse un análisis detallado con el fin de determinar si, a partir de la ponderación de las potencias de cada individuo, puede deducirse que la de uno subyuga a la del otro, de tal forma que le impide ejercer el legítimo derecho de su defensa. La Corte Constitucional ha prohijado este criterio al expresarlo en los siguientes términos:

Las situaciones de subordinación e indefensión a las que alude el artículo 42, significan que la persona que interpone la tutela dependa de la organización privada o de quien la controle efectivamente o carezca de medios de defensa contra los ataques o agravios que, a sus derechos constitucionales fundamentales, sean realizados por el particular contra el cual se impetra. El estado de indefensión o impotencia se debe analizar teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de las personas involucradas y de los hechos relevantes. El concepto de indefensión es relacional. Esto significa que el estado de indefensión en que se encuentra el ciudadano en relación con otro particular habrá que determinarlo de acuerdo al tipo de vínculo que exista entre ambos. (Sentencia T-338/93. Magistrado ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Para esta Corporación no se presenta con la suficiente claridad el presunto estado de indefensión que soporta la peticionaria con respecto de su compañero permanente, pues las agresiones no resultan ser unilaterales sino mutuas, lo que hace pensar que su relación no se ejerce en términos de superioridad de una de las partes y, por lo tanto, de indefensión de la otra. En el caso bajo examen, si bien se acepta que la

actividad desplegada por la peticionaria constituye entendible reacción contra los ataques del primero, debe tenerse en cuenta que la misma peticionaria reconoce que suscita discusión cuando su acompañante le niega dinero. Se demuestra así, cómo la irascibilidad de los compañeros aparece patente en discusiones semejantes, y cuál el peligro que para la unidad familiar representa esa misma susceptibilidad explosiva.

De acuerdo con el acervo probatorio, si se analizan con detenimiento las acusaciones mutuas de los compañeros o los relatos que ambos han hecho de la manera como se han agredido, de la peligrosa intencionalidad con que han esgrimido elementos contundentes y cortopunzantes contra el otro o han arrojado líquidos hirvientes para “defenderse”, no puede sacarse otra conclusión que la de que entre ellos no se cumplen, precisamente, los postulados de la armonía familiar y del respeto recíproco. Sean cuales fueren las causas que promueven las constantes riñas, tenga influencia o no la intromisión de la madre de la peticionaria en la discusión de los problemas familiares, no puede aceptarse sin más que la situación que se viene presentando en este hogar pueda extenderse de manera indefinida, máxime cuando los derechos de los hijos comunes se han puesto en peligro de manera tan ostensible que [...] han resultado en algunos casos víctimas directas de las violentas peleas de sus padres. Los dos miembros de la relación han exhibido al Juzgado que debió instruir el proceso, sendas cicatrices que demuestran la gravedad de sus reyertas. Asimismo, ambos coinciden en afirmar que en una de ellas resultó lesionado con quemaduras uno de los hijos comunes. El señor Ramírez acusa a la madre de su compañera de conspirar con ella para que ésta incumpla con sus deberes de madre y esposa; también le endilga el hecho de indisponer a los hijos en su contra. La tutelante alega que aquél no cumple con sus deberes patrimoniales en el hogar y que a menudo llega embriagado y molesta a los miembros de la familia.

Como se evidencia, los padres, responsables principales de conservar el orden interno de la familia, vienen faltando a la obligación de mantener la armonía interna del hogar que les imponen la recta razón, la ley y la sociedad. Su conducta está pues lejos de ser ejemplarizante para sus hijos y enriquecedora para la relación, por lo que, como se dijo anteriormente, corresponde al Estado, en ejercicio de las responsabilidades que le encarga el artículo 42 de la Constitución Política, propender porque la unidad del núcleo familiar se mantenga y porque los hijos que se han procreado dentro de él tengan garantizada la protección de sus derechos fundamentales y la del respeto a su dignidad. Ya que los directos encargados de levantar correctamente el hogar no parecen comprometidos en lograrlo, debe el Estado poner en funcionamiento los mecanismos con que cuenta para lograr el cometido constitucional.

Por tal razón, estima esta Corte que deberán negarse las pretensiones de la demandante en lo relativo a la protección de sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, y que, por el contrario, deberán tutelarse, así no se haya solicitado

de manera directa sino porque resulta palmario del estudio del caso, los derechos fundamentales de los menores procreados dentro de la unión de hecho, pues son ellos quienes directa o indirectamente vienen sufriendo las consecuencias de los altercados protagonizados por sus padres. Ello debe deducirse del hecho de que son precisamente los menores quienes se encuentran en verdadero estado de indefensión respecto de sus padres.

Al respecto merece hacerse una precisión sobre el aparte pertinente consignado en la sentencia que desató la primera instancia. En la misma se consigna que

[...] En todo caso el derecho a la integridad física ya fue violado y no es posible reparar sino con una indemnización que sólo es posible como se dijo antes por medio de un proceso penal o contravencional, y al considerar el Juzgado, que realmente los derechos invocados en el caso en mención (sic) no se encuentran realmente amenazados, pues la actitud de las partes no es la de una convivencia constantemente agresiva, sino que se trata de un hecho aislado, el juzgado no tutelará el derecho invocado, por la accionante, por existir otros medios de defensa judicial para reparar el daño ya causado [...]

Ahora, si bien es cierto que el hecho particular que empujó a la peticionaria a interponer la acción fue una discusión en que su pareja la golpeó con una cuchara, no es correcto asegurar que este hecho constituye un evento aislado dentro de un ambiente de normalidad. En la misma demanda que dio origen a la tutela, el apoderado de la peticionaria reconoce: “[...] Desde que comenzaron a convivir, el señor Jaime Ramírez la ha maltratado de palabra, lo que la ha afectado psicológicamente tanto a ella como a sus menores hijos”. Por eso ha de entenderse que si el altercado de la cuchara y del agua hirviendo constituye el motivo fundamental de la denuncia, ello es sólo el reflejo de la situación de tensión que padece el hogar que conforman la señora Tesillo y el señor Ramírez; tensión que si bien no se refleja constantemente en forma de violencia física, sí socava de manera evidente la unidad familiar y la estabilidad psicológica de sus componentes.

Cuestiones a debatir

En estos dos últimos fallos, al igual que en los dos anteriores, los jueces deciden proteger a los hijos, poniendo en la mujer la carga de la violencia para favorecer a la familia. El argumento de los jueces, sin embargo, tiene la peculiaridad de sugerir que el comportamiento de las demandantes no las hace dignas de obtener la protección que otras sí reciben. En ambos casos, el hecho de que las mujeres han reaccionado ante la violencia doméstica, defendiéndose ellas mismas, es central.

Los jueces obvian, sin embargo, el hecho de que la defensa de la mujer ha provocado una progresión de las agresiones, y que en cada caso ella es la que va perdiendo.

Es significativo que en ninguno de los casos aparezca la violencia sexual como un tema, y que cuando aparece sea generalmente para reforzar el patrón general de violencia y no como merecedora de un tratamiento distinto o especial. Esto a pesar de que las Cortes han ido determinando que el débito conyugal no autoriza la violencia sexual.

Preguntas

1. ¿Las mujeres que en caso de maltrato se han defendido físicamente de sus esposos deberían recibir más o menos protección?
2. ¿Las mujeres divorciadas que siguen siendo víctimas de las agresiones de sus ex esposos deberían recibir más o menos protección?
3. ¿Cuál puede ser el razonamiento que subyace en la negativa de la Corte Constitucional a proteger a las mujeres que, en lugar de ser puras víctimas, se defienden?

Capítulo cuatro SALUD

*Lidia Casas*¹

La conceptualización del derecho a la salud surge, como la mayoría de los derechos sociales, económicos y culturales, como consecuencia de su inclusión en los instrumentos más importantes de derecho internacional de los derechos humanos, cuyo antecedente normativo es la Declaración Universal de Derechos Humanos.² El contenido general de esta obligación internacional se consagra en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PDESC). Sus alcances normativos para poblaciones específicas son establecidos en tratados posteriores. En el caso de las mujeres, el derecho a la salud está consagrado en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), asociado especialmente a los problemas de morbilidad y mortalidad materna y a la regulación de la fecundidad.

Una revisión histórica del derecho a la salud revela que ha estado estrechamente vinculado al derecho a la seguridad social. Así, la protección contra las enfermedades y la forma de encararlas fue considerada como contingencia de riesgo que las personas económicamente más débiles debían encarar.³ En ese mismo plano se hallan el desempleo, la invalidez, los accidentes de trabajo e incluso la viudez; situaciones todas que enfrentaban los asalariados y sus depen-

¹ Profesora de la Universidad Diego Portales, Chile.

² Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

³ Ver Alfredo Bowen, *Introducción a la seguridad social*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

dientes, y que no podían quedar supeditadas a la filantropía privada porque no era sostenible. En ese contexto, como respuesta colectiva a las necesidades de salud de sus miembros, las organizaciones sociales y sindicales establecieron mutuales o sociedades de socorros mutuos.⁴

Las leyes sociales alemanas de Otto von Bismarck a finales de 1800 —ley de seguros sociales, accidentes de trabajo, invalidez y vejez— son los primeros antecedentes de intervención estatal en la protección de la salud como contingencia o riesgo social, y sirvieron de modelo en Iberoamérica.⁵ El surgimiento de este tipo de leyes, aunque beneficiosas, fue una lápida al movimiento mutualista y a los esfuerzos colectivos de protección laboral: la seguridad social se convertiría a partir de entonces en un “matriarcado social del Estado, construido a imagen y semejanza de las ‘madres inmensas’”.⁶

Más allá del análisis sobre si las leyes sociales desarticulaban los movimientos que buscaban un cambio social más radical, lo relevante es que la protección de la salud descansó, y descansa, sobre diversos modelos de financiamiento que han dejado al margen a un gran número de personas que no tienen relaciones laborales refrendadas por contratos de trabajo. Pese a que los procesos de reforma a los sistemas públicos de salud están motivados en la actualidad por un discurso de equidad, han dejado a miles de personas sin cobertura.⁷ Algunos de los problemas detectados se han tratado de revertir a través de figuras de cobertura básica garantizada, es decir, mediante la entrega garantizada de una canasta de servicios a todas las personas, independientemente de su régimen de protección social.⁸ Sin bien esto alivia los problemas de acceso, revela que uno de

⁴ La idea de protección mutua, como lo denomina Salazar y Pino, significó que al inicio del siglo XX hubiera más de setecientas de estas organizaciones registradas en Chile. Funcionaban con cuotas obligatorias que aportaban sus miembros —todos de la clase proletaria—. Es interesante notar que, en el caso de las mujeres de un mismo rubro industrial o situación laboral, se reprodujeron los espacios comunitarios masculinos, en los que se mantenían las trabajadoras que estaban en condiciones de pagar sus cuotas. Gabriel Salazar y Julio Pino, *Historia contemporánea de Chile IV: hombría y feminidad*, LOM, Santiago, 2002, pp. 154-155.

⁵ Héctor Humeres Noguera, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 85.

⁶ G. Salazar y J. Pino, *Historia contemporánea de Chile IV: hombría y feminidad*, op. cit., p. 155.

⁷ Luz Stella Álvarez Castaño, “El derecho a la salud en Colombia: una propuesta para su fundamentación moral”, *Revista Panamericana de la Salud Pública*, vol. 18, N° 2, agosto de 2005, disponible en <http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v18n2/27145.pdf>; y Susana Checa, “Salud y género: aproximaciones a la problemática de salud de la mujer”, en Ana Lía Kornblit, comp., *Ciencias sociales y medicina. La salud en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, p. 197.

⁸ La reforma en Chile incluyó una canasta básica de prestaciones de servicios en salud exigible

los problemas acuciantes es la exigibilidad de los derechos a la protección de la salud, pues la doctrina tradicional los percibe como normas programáticas.⁹

En el ámbito internacional, los países signatarios de la CEDAW se comprometieron a proscribir toda forma de discriminación proveniente tanto de agentes estatales como privados, y a adoptar medidas positivas para asegurar el goce de todos los derechos que consagra la Convención. Esta obligación fue recogida en la Observación general N° 14 del Comité del PDESC, que establece que el derecho a la salud sería indispensable y condición necesaria para el ejercicio de los demás derechos fundamentales.¹⁰ Agrega el Comité que

[...] el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos, que se enuncian en la Carta Fundamental de Derechos, en particular, los derechos a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación.¹¹

Sin embargo, los tribunales locales no siempre reconocen la relación entre el derecho a la vida y a la salud. Esta falta de reconocimiento se manifiesta, por ejemplo, en varias demandas judiciales por acceso a medicamentos para el VIH/SIDA, o por tratamientos de alto costo en distintos países de la región.¹²

La definición de salud como un “estado de completo bienestar físico, mental y social y no la mera ausencia de infecciones o enfermedades” fue acogida de manera temprana en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.¹³

al Estado —se conoce como plan AUGE— que relativiza la ausencia de mecanismos constitucionales para exigir el derecho a la salud consagrado en la Carta Fundamental.

⁹ Víctor Abramovich y Cristián Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Víctor Abramovich, María José Añón, Christian Courtis, comps., Editorial Fontamara, México D.F., 2003, pp. 55-78.

¹⁰ Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 14, “El disfrute del más alto nivel posible de salud”, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, CESRC.

¹¹ *Ibid.*, parágrafo 3.

¹² Ver, Gastón Gómez, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2005; Pedro Hoof, “Bioética y jurisprudencia”, *Acta Bioética* 2002, año VIII, N° 2, p. 226. No obstante, la Corte Constitucional de Colombia sí hace la relación de la protección de la salud cuando la vida está en riesgo. En el mismo sentido, Martha Zilli de Miranda, “La responsabilidad del Estado y el derecho humano a la salud”, en Juan Antonio Travieso, *Colección de análisis jurisprudencial. Derechos humanos y garantías*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 54-56.

¹³ Organización Mundial de la Salud, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, adoptada en Nueva York el 22 de julio de 1946. Ver www.ops.org.gt/infops/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20OMS.pdf.

A pesar de haber sido tildada de utópica,¹⁴ la salud de una persona depende de una serie de factores, entre ellos las características biológicas, genéticas, ambientales y socioeconómicas de cada sujeto; por esto, el Comité del PDESC afirma que el derecho a la salud no es sinónimo de “estar sano”.¹⁵ Estas definiciones, aun con sus diferencias, permitieron establecer que la satisfacción del derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, abarca no sólo la curación de las dolencias del cuerpo —salud física—, sino la inclusión de condiciones de salud mental y del entorno de cada persona. La definición de la OMS incorpora, a su vez, los factores que inciden en las condiciones generales de salud de la población como su dimensión preventiva.

El comité del PDESC reconoce que los factores que se deben aplicar para un adecuado ejercicio del derecho a la salud son: disponibilidad, accesibilidad (no discriminación, accesibilidad física y económica —asequibilidad— y acceso a la información), aceptabilidad y calidad. La disponibilidad implica, como lo señala el párrafo 12 de la Observación N° 14, que “cada Estado parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas”. La satisfacción de la disponibilidad depende del desarrollo de cada país, pero además de la cantidad de establecimientos, servicios y recursos que cada Estado posea. La accesibilidad implica el acceso a los servicios de salud, planes, programas y establecimientos a toda la población y abarca cuatro dimensiones: i) la no discriminación, de hecho o de derecho, esto es, que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben llegar incluso a los sectores más vulnerables y marginados de una población —las minorías étnicas, poblaciones indígenas o los adolescentes—; ii) la accesibilidad geográfica, que implica la garantía de los servicios de salud a las personas que están en zonas geográficas diversas, y además asegurar que las instalaciones de los servicios de salud sean accesibles para las poblaciones con discapacidad física;¹⁶ iii) accesibilidad económica o asequibilidad quiere decir que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de equidad”.¹⁷ El acceso a la información comprende el derecho

¹⁴ Miguel Ángel Sánchez-González, “El concepto de salud: análisis de sus contextos, sus presupuestos y sus ideales”, *Cuadernos del Programa Regional de Bioética*, N° 7, 1998, p. 74. El autor sostiene que la definición de la OMS es utópica y “medicalizadora”, y que crea expectativas desmedidas. Es vaga, al ser tan inclusiva, y su significado concreto pierde densidad.

¹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 14, “El disfrute del más alto nivel posible de salud”, *op cit.*, párrafo 8.

¹⁶ *Ibid.*, párrafo 12b.

¹⁷ *Ibid.*

“de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”;¹⁸ iv) la aceptabilidad, como factor determinante del contenido mínimo o esencial del derecho a la salud, comprende que la entrega de bienes y servicios sean “ética, médica y culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades [...] y [que serán] concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”.¹⁹ Finalmente, la calidad tiene directa relación con los servicios básicos que se otorgan, los que “deberán también ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad”.²⁰

A partir de los parámetros establecidos por el comité del PDESC en la Observación general N° 14, es posible establecer que los problemas que *prima facie* sean cuestiones eminentemente sociales y económicas, lleven implícitos una discusión sobre el contenido, alcance y exigibilidad del derecho a la salud.

A escala regional, la preocupación por la salud en forma autónoma aparece en disposiciones legales específicas y en algunas de las Constituciones latinoamericanas.²¹

DERECHO A LA VIDA Y DERECHO A LA SALUD

La relación entre el derecho a la vida y la salud surge cuando la doctrina y las decisiones de órganos internacionales argumentan que el derecho a la vida se extiende a algo más que a la protección contra su privación arbitraria, como

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, parágrafo 12c.

²⁰ *Ibid.*, parágrafo 12d.

²¹ La Constitución de Chile, por ejemplo, establece en su artículo 19, numeral 9, que se protege “el derecho a la protección a la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y del individuo”; la Carta de Colombia establece que la salud es un servicio público a cargo del Estado, y que éste tiene la obligación de “organizar, dirigir y reglamentar la prestación de salud de los habitantes”; la Constitución de México dispone que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud [...]”; la Constitución del Perú expresa en su artículo 7° que “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber a contribuir a su promoción y defensa [...]”; la Constitución del Uruguay, en el inc. 2° del artículo 44 establece que “Todos los habitantes tienen el deber de cuidar de su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”. En materia legal se encuentra por ejemplo el Código de salud, promulgado por el decreto 15.629 del 18 de julio de 1978 en Bolivia, el cual establece que la salud es un bien de interés público, y que le corresponde al Estado velar por la salud del individuo, la familia y la población en su totalidad.

se había entendido tradicionalmente. El ejemplo básico es la pena de muerte que, para poder ser aplicada se debe establecer mediante un debido proceso previo.²² Esta interpretación restrictiva del derecho a la vida ha sido cuestionada por considerársela androcéntrica,²³ esto es, por asumir una interpretación basada en la experiencia masculina, obviando que para garantizar la protección de la vida las obligaciones internacionales deben contemplar algo más que la no intromisión estatal. Una interpretación más amplia de las obligaciones internacionales entiende que se deben adoptar medidas concretas para resguardar la pérdida de vidas por razones previsibles. Una lectura inclusiva del género en la protección del derecho es la que entrega el Comité de Derechos Humanos de la ONU cuando concluye que las mujeres mueren por causas evitables asociadas generalmente a la maternidad.²⁴

El objetivo de este capítulo es estudiar las manifestaciones del derecho a la salud en su relación con los derechos sexuales y reproductivos. La discusión teórica aborda la forma como su lenta conceptualización en el derecho ha permitido ser bisagra entre dos vertientes: el derecho a la autodeterminación y el ejercicio de la salud como condición básica para ejercer la autonomía reproductiva.²⁵

A continuación se presentan cuatro temas relacionados con el derecho a la salud de las mujeres. En cada uno de ellos se analizan problemas específicos que la jurisprudencia, la doctrina y el derecho internacional han debido enfrentar.

I. LA SALUD DE LAS MUJERES

Desde el punto de vista del género, se puede afirmar que hombres y mujeres comparten condiciones biológicas y fisiológicas similares, y que experimentan

²² Organización Mundial de la Salud, *Human Rights in Relation to Women's Health*, OMS, Ginebra, 1994, p. 30; Cecilia Medina, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003, p. 61. Por su parte, Peter van Dijk se refiere al derecho a la vida según la Convención Europea en su acepción más estrecha, es decir, el derecho a la vida no garantiza que el Estado proteja a las personas de cada una de las amenazas que pueda enfrentar. Peter van Dijk, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, La Haya, 1998, pp. 296-299.

²³ Organización Mundial de la Salud, *Human Rights in Relation to Women's Health*, *op. cit.*

²⁴ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Comentario general N° 6, "The Right to Life", (art. 6). 30/04/82, CPPR. Disponible en [www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3).

²⁵ Esta idea se desarrolla extensamente en Sonia Correa y Rosalyn Petchetsky, "Reproductive and Sexual Rights: A Feminist Perspective", en Gita Sen, Adriana Germain and Lincoln C. Chen, eds., *Population Policies Reconsidered: Health, Empowerment and Rights*, Harvard Center for Population and Development Studies, Boston and International Women's Health Coalition, New York, 1994.

problemas de salud semejantes. Se suele argumentar que las mujeres son más longevas, pero ello no dice nada respecto de su situación de salud o calidad de vida. De hecho, a pesar de su tendencia a tener una vida más larga, las mujeres mueren en mayor proporción por enfermedades evitables relacionadas con la maternidad.²⁶

El ciclo de vida fértil de las mujeres da un nuevo significado a las diferencias biológicas e introduce causas de morbilidad específicas. Algunas de ellas son producto de un conjunto de nociones estereotipadas sobre las mujeres, en el que la asignación de roles, atributos de carácter cultural y social inciden en forma directa en su salud y capacidad reproductiva. A su vez, la maternidad, o su potencialidad, introduce costos o externalidades negativas que sólo las mujeres asumen: para ellas los seguros de salud pueden ser más costosos, la contratación laboral es más inestable y discriminatoria, y la inequidad en los salarios se basa muchas veces en argumentos relacionados con la maternidad.

El cuidado y protección de la salud se brindan, en ocasiones, en honor a la maternidad, de acuerdo con la idea de que ésta es connatural al rol de las mujeres. El ejercicio de la sexualidad, relacionada con la salud, es tratado escasamente y, en el caso de la sexualidad distinta a la hegemónica, constituye generalmente un derecho susceptible de protección sólo en la medida en que se lo mira como una desviación. A partir de esta última perspectiva, el Estado vela por revertir la situación del “desviado” cuando ésta importa un problema de salud.

Si bien las primeras feministas incorporaron su preocupación por la salud de las mujeres, su énfasis estaba puesto en las trabajadoras y en los problemas para regular su fecundidad, así como en la necesidad de reducir la muerte infantil por desnutrición, factores que se percibían en directa relación con la pobreza.²⁷

Esta mirada sobre la pobreza y la regulación de la fecundidad convergió a su vez con una visión que desde la salud pública tenía como objetivo satisfacer las necesidades de salud de poblaciones en contextos socioepidemiológicos específicos. Un reflejo de esto fue la respuesta sanitaria ante la desnutrición infantil y el rol que ocupan las mujeres para asegurar el alimento de sus hijos mediante

²⁶ Mirta Roses, “Desigualdades ocultas”, en Bernardo Kliksberg ed., *La agenda ética pendiente de América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2005, pp. 149-154, disponible en www.paho.org/Spanish/D/BID/Articulo_GeneroySalud.pdf. Se entiende por mortalidad materna la muerte de una mujer durante el período de embarazo y hasta 42 días después del parto, a raíz de causas relacionadas con el estado de gravidez o agravadas por la gestación. José Barzelatto y Aníbal Faúndes, *El drama del aborto. En busca de un consenso*, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 2005, p. 65.

²⁷ Ximena Jiles, *De la miel a los implantes. La historia de las políticas de la regulación de la fecundidad en Chile*, Corporación de Salud y Políticas Sociales, Santiago, 1992, pp. 104-105. Ver también Claudia Rojas Mira, “Historia de la política de planificación familiar en Chile: un caso paradigmático”, *Debate Feminista*, Año 5, N° 10, septiembre de 1994, pp. 138-148.

la lactancia materna. Las normas del Código sanitario de Chile, por ejemplo, otorgan y aseguran protección a la mujer embarazada.²⁸

Se podría afirmar que la preocupación del Estado por las mujeres se ha centrado en su condición de reproductoras de la especie.²⁹ Así, la obligación legal de asegurar que la mujer tenga tiempo para amamantar responde a un eje sanitario-nutricional en el que se intenta evitar que las mujeres pobres se conviertan en nodrizas descuidando a sus propios hijos, poniendo en riesgo la salud de éstos. También se podría sostener, sin embargo, que en este enfoque subyace una prescripción sobre el rol de la madre y las obligaciones que éste supone: maternidad y lactancia obligada. Las mujeres se convierten, de esta forma, en medios para desarrollar las políticas que impulsan los gobiernos.³⁰

Las reivindicaciones feministas de comienzos del siglo XX incluían la necesidad de contar con los elementos adecuados para proteger a las familias. Es decir: las mujeres veían sus reivindicaciones en íntima relación con las necesidades de otros. Al mismo tiempo, las necesidades propias se vinculaban a la facultad de poder regular y controlar la cantidad de hijos que se querían tener y morigerar las consecuencias de los embarazos no deseados y los abortos clandestinos.³¹ No obstante esta estrategia, el uso de métodos anticonceptivos ha ido de la

²⁸ República de Chile, Código sanitario de 1931 (reformado en 1967). Artículo 17: “Toda mujer, durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, y el niño tendrán derecho a la protección y vigilancia del Estado por intermedio de las instituciones que correspondan”. Artículo 18: “La atención de la mujer y el niño durante los períodos a que se refiere el artículo anterior será gratuita para los indigentes en todos los establecimientos del Servicio Nacional de Salud, conforme lo determine el reglamento”. Artículo 19: “La leche de la madre es de propiedad exclusiva de su hijo y, en consecuencia, está obligada a amamantarlo por sí misma, salvo que por indicación médica se resuelva lo contrario. La madre no podrá amamantar hijos ajenos mientras el propio lo requiera, a menos que medie autorización médica”.

²⁹ El artículo 19 del Código sanitario de Chile, por ejemplo, establece que “La leche de la madre es de propiedad exclusiva de su hijo y, en consecuencia, está obligada a amamantarlo por sí misma, salvo que por indicación médica se resuelva lo contrario. La madre no podrá amamantar hijos ajenos mientras el propio lo requiera, a menos que medie autorización médica”. Ahora bien, todo esto debería situarse y entenderse en un contexto en el que las mujeres eran contratadas o puestas en una situación de servidumbre como nodrizas para amamantar a los hijos del hacendado, latifundista o jefarca de la familia. Ver G. Salazar y J. Pino, *Historia contemporánea de Chile IV: hombría y feminidad*, op. cit.

³⁰ Figueroa sostiene que el Estado mexicano cambió la política de control de la natalidad llevada a cabo hasta 1973, año en que se modificó la Constitución Política que, *prima facie*, reconocía el derecho de las personas a decidir sobre su fecundidad. Pese a una retórica de derechos, las acciones de salud emprendidas tenían una fuerte motivación demográfica, es decir, reducir el crecimiento poblacional. Juan Guillermo Figueroa, “Comportamiento reproductivo y salud: reflexiones a partir de la provisión de servicios”, en Gloria Careaga, Juan Guillermo Figueroa y María Consuelo Mejía, comps., *Ética y salud reproductiva*, Porrúa, México D.F., 1996, pp. 292-292.

³¹ Como sugieren Correa y Petchetsky, el movimiento por la autonomía reproductiva de las mu-

mano de una política de control estatal y ha limitado a la ciudadanía femenina, al punto de que la coerción, la vigilancia y la sumisión son todavía parte de la experiencia de las mujeres al momento de parir.³²

La lucha por el aborto legal y el uso de métodos de regulación de la fecundidad ha sido parte crucial de la reivindicación feminista. A partir de la década del ochenta, feministas y expertos en salud lograron acuñar el concepto de salud sexual y reproductiva. Esto ha permitido hacer visibles los aspectos fundamentales de la salud de la mujer asociados a la reproducción y a la sexualidad, aspectos que estarían en la base de los derechos sexuales y reproductivos.³³ Este nuevo enfoque representa un importante cambio de paradigma. Los temas asociados a la salud y al ejercicio de la sexualidad habían estado centrados en el eje sanitario —las enfermedades o infecciones que pueden traer consigo—³⁴ y en la reproducción y los dones asociados a una tesis del cuidado de las mujeres. Hasta hace poco, las políticas de salud de los gobiernos de la región mantenían la salud materna como parte del binomio materno-infantil. Así se excluía a las mujeres que por opción o incapacidad no eran madres, a las que ya no estaban en edad de reproducirse y a las que sufrían problemas relacionados con la sexualidad, pero no con la reproducción humana. Cuando la salud de la mujer se cruza exclusivamente con la maternidad, deja de reconocerse —a la mujer— como sujeto. Si la mujer es sólo un cuerpo que permite la reproducción, las políticas de los Estados, y de la comunidad biomédica, estarán fuertemente inspiradas en la posibilidad de controlar ese cuerpo: definir el número de hijos en atención a objetivos poblacionales, de seguridad nacional, de disminución de pobreza. La historia demuestra que la preocupación por las mujeres puede ser presentada con discursos revestidos por la beneficencia, sea para los fines de políticas poblacionales o de protección a la salud, pero se les priva de la autonomía para elegir por sí mismas.³⁵

jer se puede remitir al movimiento socialista Owenite de 1830 en Inglaterra. Ver S. Correa y R. Petchetsky, "Reproductive and Sexual Rights: A Feminist Perspective", *op. cit.*, p. 108.

³² Roberto Castro y Joaquina Erviti, "Violations of Reproductive Rights During Hospital Births in Mexico", *Health and Human Rights: An International Journal*, vol. 7, N° 1, p. 102.

³³ Rebecca Cook, Bernard Dickens y Mahmoud Fathalla, *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho*, trad. Adriana de la Espriella, Oxford y Profamilia, Bogotá, 2003, pp. 9-12.

³⁴ Los códigos sanitarios han puesto énfasis en la prevención y control de enfermedades de transmisión sexual, manteniendo bajo control sanitario a las trabajadoras sexuales y los lugares en los que se realiza el comercio sexual.

³⁵ En este sentido, ver Silvina Ramos, Mónica Gogna, Mónica Petracci, Mariana Romero y Dalia Szulik, *Los médicos frente a la anticoncepción y el aborto en la Argentina: ¿Una transición ideológica?*, CEDES, Buenos Aires, 2001, pp. 32-37; Human Rights Watch, *Decisión prohibida: acceso de las mujeres a los anticonceptivos y al aborto en Argentina*, vol. 17, N° 1 (B), junio de

El movimiento feminista, acompañado de un cambio progresivo en el enfoque de la medicina, ha ido construyendo paulatinamente un discurso capaz de romper con el binomio sexualidad-reproducción y, con el fin de asegurar que mujeres y hombres puedan tomar decisiones sobre aspectos centrales de sus vidas, ha desarrollado una noción de derechos reproductivos distintos a los sexuales.³⁶

A. PRIMER PROBLEMA: LA ESTERILIZACIÓN, ¿SALUD O AUTONOMÍA?

La esterilización es un procedimiento quirúrgico, de carácter permanente, que implica riesgos por el uso de anestesia y procedimientos más invasivos (cuando no se usa la técnica de la minilaparotomía).³⁷ La decisión de practicarla debe ser, por lo tanto, consciente y voluntaria. La esterilización es considerada con frecuencia una medida preventiva que puede resguardar la salud de la mujer. Por lo tanto, en la medida en que una nueva gestación pueda poner en peligro la salud o la vida de la mujer, es practicada por indicación médica. Al mismo tiempo, refleja un pilar para el ejercicio de la autonomía reproductiva de las personas.

La prevalencia de esta forma de regulación de la fertilidad muestra que el uso de la píldora en América Latina fue desplazado por el recurso de la esterilización. En efecto, dependiendo del país, este método ocupa hoy en la región el primer o el segundo lugar como método de control de reproducción.³⁸ De acuerdo con una encuesta de salud en Brasil, el 40% de las mujeres de ese país habían sido esterilizadas.³⁹ México registra el mismo porcentaje.⁴⁰ En ambos países optan por este método las mujeres con menos recursos, lo que puede ser el reflejo de una pobre oferta pública anticonceptiva. El acceso de las mujeres a

2005; Lidia Casas, "Del control a la autonomía", *Informe de Investigación*, Año 6, N° 18, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2004.

³⁶ S. Correa y R. Petchetsky, "Reproductive and Sexual Rights: A Feminist Perspective", *op. cit.*, pp. 107-123.

³⁷ Aun cuando es posible revertir la ligadura tubaria, en la mayoría de los casos no es eficaz.

³⁸ Cynthia Stelce y Terrence Jezowski, *Esterilización voluntaria en América latina/ Salud reproductiva en las Américas*, Organización Panamericana de la Salud, Washington D.C., 1992, p. 300.

³⁹ Wilza Vieira Villela, "Ampliación de las mujeres al aborto legal: la experiencia brasileña", en Barbara Klugman, Debbie Budlender y Martha Rosenberg, eds., *Estrategias para el acceso al aborto legal y seguro. Un estudio de once países*, Iniciativa de Johannesburgo, The Women's Health Project, School of Public Health, University of Witwatersrand, Johannesburgo, 2001, pp. 106-107.

⁴⁰ J.G. Figueroa, "Comportamiento reproductivo y salud: reflexiones a partir de la provisión de servicios", *op. cit.*, p. 304.

los métodos anticonceptivos está determinado por la clase, la raza y la etnia. Un estudio sobre el uso de la esterilización entre brasileras, según el tramo de edad, demuestra que las más afectadas por una esterilización precoz son las de raza negra.⁴¹ En Estados Unidos, los registros históricos revelan que el mayor número de esterilizaciones se produjo en la población más explotada: negros, chicanos, puertorriqueños e indígenas.⁴² El efecto de las políticas de salud impacta en el uso de la esterilización. En este sentido, Davis señala que la promulgación del Hyde Amendment⁴³ en los Estados Unidos, con posterioridad al caso Roe versus Wade, buscó restringir el uso de fondos públicos para los abortos, mientras que la esterilización era financiada por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar, lo que hizo que más pobres la utilizaran.⁴⁴

La esterilización es también un espacio de control del cuerpo de las mujeres. En algunos casos, los sectores que se oponen al derecho a elegir hacen eco del abuso al que se somete a las mujeres cuando señalan el carácter maltusiano de la esterilización⁴⁵ o cuando afirman que a través de ese medio la autoridad persigue la reducción de la pobreza en vez de aplicar políticas sociales adecuadas.⁴⁶ En todo caso, estas críticas también son recogidas por sectores más favorables al derecho de las mujeres a la autonomía.

La historia reciente de América Latina muestra cómo la esterilización ha sido utilizada por los Estados para reducir el crecimiento de la población o la pobre-

⁴¹ Edna Roland, “Esterilización femenina en el Brasil: tendencias y consideraciones”, en CLADEM, *Vigiladas y castigadas*, CLADEM, Lima, 1993.

⁴² Angela Davis, “Racism, Birth Control and Reproductive Rights”, en Marlene Gerber Freid, ed., *From Abortion to Reproductive Freedom: Transforming a Movement*, South End Press, Boston, 1990, pp. 17-25.

⁴³ La enmienda Hyde es una estipulación en el presupuesto federal de Estados Unidos que restringe la cobertura de los abortos a través del sistema de seguro público llamado Medicaid. Fue introducida y aprobada por el Congreso en 1977 y, desde ese año, se ha aprobado anualmente con diversas modificaciones. Establece que el seguro federal de salud (Medicaid) cubre los costos de un aborto en caso de violación, incesto y en caso de peligro de vida para la mujer. En este último caso, se entiende por riesgo vital cualquier desorden, lesión o enfermedad física que haya sido causada por el embarazo o que pueda surgir por su causa. Ver Instituto Nacional de Latinas para la Salud Reproductiva, “Enmienda Hyde”, *Serie de hojas informativas sobre el financiamiento público*, diciembre de 2005, disponible en www.hyde30years.nnaf.org/documents/NLIRHHydeLatinas-3.pdf.

⁴⁴ A. Davis, “Racism, Birth Control and Reproductive Rights”, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁵ Sergio Ceccheto, “Vasectomía: motivaciones históricas y cuestionamientos morales”, *Cuadernos de Bioética*, 7 y 8, Buenos Aires, 2001. Disponible en www.bioetica.org/bioetica/doctrina13.htm.

⁴⁶ Ver L. Casas, “Del control a la autonomía”, *op. cit.*, y Susana Chávez y Rosa Cisneros, “Cuando el fundamentalismo se apodera de las políticas públicas”, en *Políticas de salud sexual y reproductiva en el Perú*, julio de 2001-junio de 2003, Centro de la Mujer Flora Tristán, Lima, 2004.

za. Un ejemplo elocuente es el de Perú, durante la administración de Alberto Fujimori.⁴⁷ Con el Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar (1996-2000) surgieron una serie de casos de mujeres que habían sido esterilizadas sin el debido consentimiento y bajo un cúmulo de irregularidades.⁴⁸ Un estudio de seguimiento posterior indagó 94 quejas e investigaciones realizadas por la Defensoría del Pueblo. Éste concluyó que las mujeres tenían escasa información sobre el método utilizado, que algunas supieron que era irreversible sólo después de practicado y que aparentemente otras mujeres habrían recibido alimentos a cambio de la esterilización.⁴⁹ Todo esto en un contexto de metas de cobertura y el uso de métodos que habrían evitado la efectiva elección y el ejercicio de los derechos de las usuarias.⁵⁰

El movimiento feminista ha denunciado esta problema, especialmente cuando las mujeres son sometidas a procedimientos experimentales o a esterilizaciones sin que medie su consentimiento.⁵¹ Ha denunciado, también, regulaciones arbitrarias de la esterilización. En Chile, la normativa sobre esterilización se modificó a finales del 2000, derogando los requisitos discriminatorios contra las mujeres, particularmente contra las mujeres pobres.⁵² Los problemas actuales en Chile se reducen principalmente al difícil acceso al procedimiento por la falta de personal especializado.⁵³ En Argentina, hasta agosto del 2006, las mujeres debían obtener autorización judicial para someterse a un procedimiento de esterilización.⁵⁴ La ley federal 26130, sin embargo, estableció que toda persona

⁴⁷ Luisa Cabal, Mónica Roa y Lilian Sepúlveda-Oliva, "What Role can International Litigation Play in the Promotion and Advancement of Reproductive Rights in Latin America?", *Health and Human Rights*, vol. 7, N° 1, p. 63.

⁴⁸ Defensoría del Pueblo, "Anticoncepción quirúrgica voluntaria I. Casos investigados por la Defensoría del Pueblo", Serie Informes Defensoriales, Informe N° 7, Lima, 1998.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 81.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ En Chile, el movimiento de salud de las mujeres propició el cambio de regulación para su liberalización, y luego promovió la paralización de la investigación experimental de la esterilización química a través de pellets de quinacrina. Ver Alejandra Faúndez, ed., "Convención de la salud de las mujeres", Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos, Santiago, 1995; J. Zipper y E. Kessel, "Quinacrine Sterilization: A Retrospective", *Internacional Journal of Gynecology & Obstetrics*, 83 Supp. 2, 2003.

⁵² Ministerio de Salud de Chile, Resolución exenta 2.326 "Que fija directrices para los servicios de salud sobre esterilización femenina y masculina", 30 de noviembre de 2000.

⁵³ Verónica Schiappacasse, Paulina Vidal, Lidia Casas, Claudia Dides y Soledad Díaz, *Chile: situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos*, Corporación de Salud y Políticas Sociales, Instituto Chileno de Medicina Reproductiva y Servicio Nacional de la Mujer, Santiago, 2003, p. 47.

⁵⁴ Human Rights Watch, *Decisión prohibida: acceso de las mujeres a los anticonceptivos y al aborto en Argentina*, op. cit., pp. 36-38.

mayor de edad tiene derecho a acceder a la esterilización, y que ésta será cubierta íntegramente por el sistema de seguro de salud (las instituciones de seguridad social y las entidades de medicina prepagas) al que se esté afiliada.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación general N° 28 sobre la Igualdad de Derechos de Hombres y Mujeres, afirmó que es una violación del derecho a la privacidad que

[...] los Estados no respeten la vida privada de la mujer, la que guarda relación con sus funciones reproductivas, como ocurre, cuando se exige que el marido dé su autorización para tomar una decisión respecto de la esterilización, cuando se imponen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos.⁵⁵

El comité de la CEDAW señala que

[l]a obligación de respetar los derechos exige que los Estados partes se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud. [...] Por ejemplo, [...] no deben restringir el acceso de la mujer a los servicios de atención médica ni a los dispensarios que los prestan por el hecho de carecer de autorización de su esposo, su compañero, sus padres, o por las autoridades de salud, por no estar casada o por su condición de mujer.⁵⁶

Tribunal Superior de Justicia de Corrientes, Argentina
María Liliana Falcon contra Hospital Vidal de la ciudad de Corrientes
12 de abril de 2006

Problema jurídico

¿Constituye una intromisión en el derecho a la autonomía que una mujer deba obtener autorización judicial para acceder a un procedimiento de esterilización?

Hechos

Una mujer interpuso un recurso de amparo en contra del Hospital Vidal de la ciudad de Corrientes, en Argentina, por negarse a efectuar un procedimiento de ligadura de trompas. El amparo fue concedido en primera instancia, pero fue apelado por el

⁵⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 28, “Igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, párrafo 20, CCPR/C/21/Rev. 1/Add.10, 29 de marzo de 2000.

⁵⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 24, “La mujer y la salud”, artículo 12, 20° período de sesiones, 1999.

Estado. La recurrente solicitó autorización judicial para una intervención quirúrgica luego de dar a luz a su séptimo hijo. Por los inconvenientes que acarrearía una operación posterior al parto, pidió que, en caso de obtener la autorización judicial, se le realizaran en una única intervención la cesárea y la ligadura de trompas de Falopio.

Decisión del Tribunal

La decisión de una mujer de escasos recursos, plenamente capaz, de poner límite a la procreación mediante una ligadura tubaria, es una conducta autorreferente que no compromete a terceros y que, por ende, constituye una acción moral libre de sanción por parte del Estado y exenta de toda prohibición, acorde con el derecho a la planificación familiar (artículos 5, 11, 12, párr. 1º, Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

Extractos

[...]

Por sentencia N° 11 el juez *a quo* hace lugar a la acción de amparo promovida declarando el derecho de la actora a realizarse una intervención quirúrgica para ligarse las trompas de Falopio y/o toda otra acción indicada para el caso según las reglas médicas, disponiendo toda medida necesaria para hacer efectivo su derecho. Autorizando sea realizado por el Hospital Vidal y a cargo del Estado.

[...]

El Estado de la Provincia de Corrientes [...] interpone recurso de apelación y nulidad, agravándose por la procedencia de la vía excepcional del amparo para la práctica contraceptiva con argumentos de orden social y económico. Refiere a la falta de arbitrariedad e ilegalidad como presupuestos básicos para la procedencia de la acción y la interpretación amplia realizada no se ajusta a las constancias de la causa ni al art. 20 inc. 18 de la ley 17132. Considera que tampoco se acreditó el peligro de la salud de la madre y/o del bebé, surgiendo por el contrario del informe médico el buen estado de salud de la madre y del embarazo.

Discorre que los médicos en ningún momento aconsejaron la ligadura de trompas como indicación terapéutica y entonces la negativa del Hospital no aparece como ilegal o arbitraria, ya que sólo se autoriza la esterilización cuando se hubieran agotado todos los recursos conservadores de los órganos protectores. Califica de aberrante que la sociedad autorizara la esterilización por el único hecho de la pobreza; y al no haber ley que permita la esterilización, entiende que el juez actuó como legislador y suplió el criterio médico autorizando la ligadura de trompas solicitada y ordenando que el Estado costee dicha intervención.

[...]

El Hospital Vidal ante la solicitud de lisis tubaria responde [...] que la paciente no presenta una razón de orden médico para optar por la ligadura de trompas como

método de control de natalidad y que necesita autorización judicial para realizar dicha intervención.

[...]

La ley nacional en el art. 20 inc. 18 prevé —en relación al tipo de operación en cuestión— la prohibición a los profesionales de la medicina de “practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada”. La norma provincial no contempla esta prohibición.

Si existe una “indicación terapéutica determinada” por parte del profesional del arte de curar desaparece la situación de prohibición contenida en la norma, encontrándose en consecuencia el galeno habilitado a efectuar aquellos actos quirúrgicos cuando razones terapéuticas así lo aconsejen, no necesitando por lo tanto autorización para llevarlos a cabo.

En nuestro país se ha hecho costumbre solicitar autorización judicial para efectuar una ligadura tubaria en mujeres mayores de edad y capaces, bioéticamente competentes. Sin embargo la norma es clara, cuando existe una indicación terapéutica determinada el médico no debe requerir a la jurisdicción autorización previa —como comúnmente acontece— sino proceder directamente a realizar la intervención quirúrgica de ligadura tubaria.

La única norma que menciona la necesidad de autorización judicial es el art. 19 inc. 4 de la ley 17132 y el art. 12 inc. e) de la ley 2839, respecto de las intervenciones quirúrgicas que “modifiquen” el sexo del enfermo.

Ergo, la solicitud de autorización judicial para efectuar una ligadura de trompas cuando exista una indicación terapéutica adecuada no encuentra sustento jurídico alguno.

[...]

Ahora bien, la ligadura de trompas peticionada por la accionante fue denegada por el Hospital Vidal [...]. A requerimiento del [señor] Defensor Oficial [...] se realiza una junta médica llevada a cabo por el Servicio Forense del poder Judicial de la Provincia, quienes [...] dictaminan que la [señora] Falcón, al momento de ser examinada, presenta buen estado de salud general aparente, no constatando patologías; que no se trata de un embarazo de alto riesgo [, y que] por lo tanto la interrupción del embarazo no es una posibilidad a considerar en el caso; que el embarazo que cursa no constituye un riesgo para la vida de la madre ni para el bebé; que no existen riesgos ni peligros en caso de un próximo embarazo; finalmente informan —coincidentemente con el nosocomio demandado— que la paciente no presenta una razón de orden médico para optar por la ligadura de trompas como método de control de natalidad y agregan que se respete la autonomía de la voluntad de la paciente y autorizar la técnica contraceptiva.

A su turno la [licenciada] en Psicología del Cuerpo Médico Forense [...] informa que la entrevistada ([señora] Falcón) comprende los alcances de su decisión de rea-

lizarse ligadura de trompas y se mantiene firme en ella; que el embarazo lo vivencia con mucho temor, apareciendo indicadores de angustia, ansiedad y relatando episodios de crisis de pánico; considera una gran responsabilidad que le cuesta asumir debido a su realidad económica; que desde hace tiempo desea un método efectivo de control de natalidad; concluye la profesional que si bien un nuevo embarazo no acarrearía riesgo en su salud física, sí podría tener una desfavorable repercusión en su núcleo familiar dado que comprometería el precario equilibrio de recursos humanos y económicos apenas alcanzado.

[...]

Cuando no existe indicación terapéutica determinada pero existen otros factores como psicológicos, sociales, etc[étera], una línea jurisprudencial se ha pronunciado sobre el significado “indicación terapéutica” en sentido amplio y a una noción de la salud humana holista, no abarcando sólo la esfera biológica sino también la psicológica y social (ver fallo en ED. 145, 1993: 439).

[...]

Considera el *a quo* riesgoso un futuro embarazo de la mujer múltipara de escasos recursos [...] de lo que infiere una alimentación inadecuada e insuficiente.

[...] Como bien lo expone el *a quo*, la salud constituye un derecho humano fundamental y debe ser concebida según la definición de la Organización Mundial de la Salud que hace referencia [a] un estado de completo bienestar biopsicosocial. Es una función indelegable del Estado garantizar la salud a todos los habitantes. Debe entenderse como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades” (Constitución de la Organización Mundial de la Salud).

[...]

La primera norma internacional que consagra expresamente el derecho a la salud data de 1946 y es la Constitución de la Organización Mundial de la Salud [...] que refiere como uno de los derechos fundamentales “el disfrute del más alto nivel posible de salud”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 25 establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure [...] la salud y el bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica [...]”.

El derecho a la salud también se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su art. 12 establece que en los Estados parte “deberán tomarse las medidas necesarias para la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad para asegurar a toda persona el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. El Pacto tiene jerarquía constitucional, de conformidad a lo establecido en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (con jerarquía constitucional [...]) consagra en su art. 12:

Los Estados adoptarán las medidas para eliminar la discriminación en el acceso a los servicios de atención médica, inclusive en los que se refieren a la planificación familiar y garantizarán los servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto, el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario.

Una persona de escasos recursos, múltipara con cinco hijos a su cargo —tuvo seis pero uno falleció a la semana del alumbramiento— capaz desde el punto de vista jurídico, con la decisión voluntaria de someterse a una intervención quirúrgica de ligadura tubaria, sabiendo los riesgos y consecuencias a las que se somete (consentimiento informado) ¿no está poniendo en ejercicio estos derechos consagrados constitucionalmente? Sin dudas que sí. El art. 19 de la Constitución Nacional y art. 26 de la Constitución de la Provincia de Corrientes consagran el denominado “principio de reserva”, la autodeterminación y el respeto a las conductas autorreferentes.

[...]

El principio de autonomía se basa “[...] en el respeto a la libertad de las personas, como sujetos dueños de su vida, no factibles de ser usados como objeto [...]”.

[...]

La decisión de poner límite a la procreación, adoptada por una mujer de escasos recursos, plenamente capaz que pretende una ligadura tubaria, decidida libremente, es una conducta autorreferente que no compromete a terceros y que, por ende, constituye una acción moral libre de sanción por parte del Estado y exenta de toda prohibición, acorde con el derecho a la planificación familiar arts. 5º, 11, 12, párr. 1º, Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

[...]

Es obligación del Estado Provincial asegurar el cumplimiento de esos derechos, de lo contrario quedarían reducidos a una mera declaración, carentes de aplicación práctica.

[...]

Por lo expuesto, voto rechazar el recurso interpuesto [...], confirmando el fallo apelado. Con costas en ambas instancias por su orden.

Extractos del voto de minoría del juez Fernando Niz

[...]

Refiere el Estado a la excepcionalidad de la vía utilizada en el “sub juez”, la que no procede por el solo hecho de invocarse derechos constitucionales vulnerados y so pretexto de motivos de orden social y económicos, no configurándose una extre-

ma y delicada situación en la que, por carencia de otras vías legales aptas, peligre la salvaguarda de derechos fundamentales. Tampoco presenta el caso una manifiesta arbitrariedad o ilegalidad que deba repararse. Critica la interpretación amplia efectuada por el judicante de origen, en tanto de conformidad al art. 20 inc. 18 de la ley 17132, en la especie no resulta probado que se encuentre en peligro la salud de la madre y/o del bebé, por el contrario, de los informes rendidos por los médicos de Tribunales se desprende el estado óptimo de la embarazada y su embarazo y en modo alguno aconsejan ligadura de trompas como “indicación terapéutica”. Por ello, la negativa del Hospital a realizar la intervención requerida no aparece como ilegal o manifiestamente arbitraria. Sigue exponiendo que el término “terapéutico” refiere al modo de tratar las enfermedades, escapando por lo tanto la fertilidad a esa conceptualización. Aduce finalmente que existiendo medios preventivos de anticoncepción a los que puede recurrir la actora, otorgados en forma gratuita, no resulta prudente que a través de una autorización judicial se obligue al Estado al pago de la ligadura de trompas, cuando no existe un verdadero peligro o sea la única alternativa de supervivencia de la madre o el hijo. Culmina en señalar que una cosa será la auto-determinación y elección de un proyecto individual, otra, diferente, que al Estado se le imponga la obligación de proveer lo necesario para la práctica de una intervención quirúrgica fundada en una planificación familiar. Situación inadmisibles.

[...]

No puede dejar de tomarse en cuenta, además, que en el art. 43 del nuevo texto de la Constitución Nacional se dispone que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, “contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”.

Siendo ello así, corresponde recordar que resultan excluidas del ámbito del amparo las cuestiones opinables y las que requieren de debate y prueba [...]. En igual sentido, no resulta admisible la vía intentada cuando los perjuicios que pueda ocasionar su rechazo no son otra cosa que la situación común de toda persona que peticona el reconocimiento judicial de sus derechos por los procedimientos ordinarios [...].

En ese contexto, entiendo que las argumentaciones del Estado Provincial resultan aptas para conmovir los fundamentos expuestos por el *a quo* en la anterior instancia. En tal sentido, no surge de las constancias de autos que la actuación de la demanda adolezca de arbitrariedad o ilegalidad, recaudo que no configurándose de modo manifiesto, cancela la protesta de la amparista.

[...]

En su demanda, la impugnante solicita autorización de una intervención de ligadura de trompas de Falopio como método contraceptivo, aun en una cirugía poste-

rior al parto, costeadada y solventada por el Estado, autorización que le fuera exigida por la directora del Hospital Vidal y que de imposibilitársele se alteraría su paz y el normal desenvolvimiento de su vida, hechos de tal magnitud que ocasionarían serios trastornos a su equilibrio psicoemocional y socioeconómico con consecuencias nefastas [para] su salud y su núcleo familiar.

La aducida arbitrariedad e ilegalidad —presupuestos básicos para la procedencia de la acción de amparo— no se evidencian en el “sub lite”.

En efecto, la normativa vigente en nuestro país referida al ejercicio de la medicina es la ley 17132, que en su art. 20 inc. 18 prohíbe practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores y, en el segundo párrafo de su art. 19 inc. 3°, manda requerir, en las operaciones mutilantes, la conformidad por escrito del paciente.

[...]

Consecuentemente, concluyo que no se configura en la especie una extrema y delicada situación en la que, por carencia de otras vías legales aptas, peligre la salvaguarda de derechos fundamentales, ni la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta, que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios origine un daño concreto y grave sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva, tornándose inadmisibles por cuanto la determinación de la eventual invalidez del acto requiere de una mayor amplitud de debate y prueba, conforme lo señalara siguiendo la doctrina de la Corte Suprema Nacional.

[...]

En virtud de lo expresado, corresponde admitir el recurso de apelación en tratamiento, en su mérito, revocar lo decidido en la sentencia de fs. 185/193 y rechazar la demanda de amparo. Con costas por el orden causado, atento la naturaleza de la cuestión debatida.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-248 de 2003

Problemas jurídicos

¿Puede ser la esterilización una prestación de salud exigible cuando las razones para prescribirla no responden a remediar una patología de base? ¿Cómo garantiza el Estado el derecho de una mujer con discapacidad a conformar una familia y procrear?

Hechos

Una menor de edad, afiliada al Seguro Social, padece, según su madre, “epilepsia, retardo mental y trastorno del déficit de la atención”. Su médico psiquiatra ordena

que se le practique una tubectomía —ligadura de trompas—. Pese a la prescripción de la esterilización, ésta no se realiza, pues, de acuerdo con la madre, el Seguro Social adujo inexistencia de contratos y presupuesto. La madre de la menor interpuso acción de tutela en contra del Ministerio de Salud y el Seguro Social. La omisión del tratamiento médico indicado, en opinión de la demandante, vulnera los derechos fundamentales a la “vida (digna), la igualdad, la seguridad social y la salud” que, en el caso de los menores, prevalecen sobre los demás. La tutela fue denegada en primera instancia, y la sentencia fue confirmada en segunda instancia.

Decisión

Las sentencias que negaron las pretensiones de la demandante se confirman, y se dispone ordenar que por conducto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se le informe a la demandante sobre los trámites que debe realizar a fin de poder solicitar a un juez que autorice la práctica de una tubectomía. [Se] ordena al Seguro Social que en lo sucesivo se abstenga de practicar tubectomías o intervenciones que afecten la autonomía personal de personas con limitaciones mentales, hasta que no se obtenga la autorización judicial respectiva o que se trata de una situación de urgencia o imperiosa necesidad.

Extractos

[...]

Intervención de los demandados

[...]

El juez de primera instancia [...] solicitó información al Seguro Social y al Ministerio de Salud. El primero nunca respondió. El Ministerio [...] indicó que la tubectomía se encuentra incluido en el POS (Resolución 5261 de 1994) bajo la nomenclatura 11242 como sección y/o ligadura de trompa de Falopio. Por lo tanto, debe ser atendido por la EPS.

Sentencia de primera instancia

[...]

Mediante providencia del 4 de febrero de 2002, el Juez 2° Penal del Circuito de Medellín, negó la tutela. En su concepto, el derecho a la salud únicamente tiene rango fundamental cuando afecta otros derechos que tienen dicho carácter, como la vida o la dignidad humana. En el presente caso, no se observa que la realización de la tubectomía tenga alguna relación con la mejoría de la demandante, pues no está dirigido a tratar la epilepsia, el retardo mental o los problemas de atención, sino a prevenir posibles embarazos.

[...]

Pruebas ordenadas por la Corte Constitucional

[...]

La Corte Constitucional solicitó [al Seguro Social], en julio de 2002, que suministrara información sobre el caso. En particular, requirió explicaciones sobre las causas de la no intervención y al evento de la ausencia de contratos y presupuesto. El Seguro Social indicó que la tubectomía se realizaba con *recursos propios* de la entidad y que no se había realizado la intervención por cuanto el ginecólogo tratante había solicitado concepto previo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

[...]

En relación con la información que se suministra al paciente, la Corte solicitó al Seguro Social que precisara si se le indicaban las razones por las cuales se demoraba la atención y si existía un protocolo médico a seguir en materia de prácticas de tubectomía, que fuera explicado al paciente. El Seguro Social señaló que, en términos generales, la información que se daba a los pacientes se suministraba de la misma manera en que era realizada la petición. Así, ante peticiones verbales se daban respuestas verbales. En cuanto a la tubectomía y la planificación familiar, la entidad se sometía a los requerimientos de la Resolución 412 de 2000 del Ministerio de Salud, que regulaba la materia. En dicha resolución, se exige el consentimiento informado del paciente y “al paciente o acudiente se le suministra en forma verbal y escrita la información relacionada con los riesgos, beneficios y complicaciones que se puedan generar a causa de la intervención”. Por otra parte, la entidad afirma que respecto de la programación de las intervenciones quirúrgicas, siempre existe contacto con los pacientes.

Finalmente, la entidad indica que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no ha rendido dictamen (autorización) para la realización de la intervención. Tal autorización se estima necesaria, en razón a las particulares condiciones de la menor Diana Maritza.

[...]

En el presente caso se observan diversos problemas de carácter constitucional que no fueron considerados en las instancias. El primer punto tiene que ver con la legitimidad en la causa, tema que se ha desviado por la solicitud de autorización de la intervención al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El segundo, se relaciona con el precedente derivado de la sentencia T-850 de 2002. El tercer punto se relaciona con la existencia o no de una violación de los derechos fundamentales de Diana Maritza Berrío Jiménez.

Legitimación en la causa

[...]

El artículo 554 del Código civil establece:

El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo o cause un peligro o notable incomodidad a otros.

Ni podrá ser trasladado a una casa de locos, encerrado, ni atado sino momentáneamente, mientras a solicitud del curador o de cualquier persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas.

Una interpretación literal de esta disposición supondría que ella únicamente se refiere a la protección de la libertad personal de la persona demente. Ante la ausencia de disposiciones que regulen lo relativo a la protección de los derechos fundamentales de las personas que tienen problemas mentales, cabría preguntarse si esta disposición le es extensible.

A fin de que proceda la aplicación analógica de una norma a un hecho no regulado expresamente en ella, debe analizarse cuál es la *ratio legis* de la norma. Si tal *ratio* razonablemente cubre la situación no prevista expresamente, resulta admisible la extensión del mandato normativo. En el presente caso se observa que el legislador ha establecido la siguiente regla: si existe intención de restricción del derecho a la libertad del demente, debe existir autorización judicial. Ello podría entenderse como desarrollo natural de las normas constitucionales relativas a la restricción de la libertad personal mediante autorización judicial, hoy en día regulado en el artículo 28 de la Carta. Razón por la cual se podría aducir que la *ratio legis* no cubre el evento que la Corte considera en esta oportunidad y, por lo mismo, estaría vedada la aplicación analógica de la norma al caso en cuestión.

[...]

Para el caso que ocupa a la Corte, no puede perderse de vista el mandato del artículo 13 de la Constitución, según el cual “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. La principal protección de estas personas, entre las cuales claramente se puede ubicar a una que padezca esquizofrenia, epilepsia y graves problemas de atención, se dirige a la salvaguardia de sus derechos constitucionales y en particular los fundamentales.

[...]

Al actualizar la interpretación del artículo 554 del Código civil al régimen de una democracia constitucional como la colombiana y ante los mandatos precisos de la Carta, debe entenderse que la *ratio legis* de la norma sería la necesaria intervención judicial cuando fuere necesario limitar o afectar severamente un derecho constitucional (la referencia a la restricción de la libertad tendría mero carácter indicativo) de una persona con problemas mentales. Esta interpretación, además de satisfacer

el mandato del artículo 28 de la Constitución, desarrolla el artículo 13 en lo relativo a la protección estatal a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta. De acuerdo con lo anterior, la madre de la menor tenía la obligación de obtener una autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica dispuesta por el médico tratante.

[...]

En sentencia T-850 de 2002, se analizó un caso en el cual el Seguro Social se negaba a practicar una tubectomía en una mujer (19 años) con epilepsia y retardo mental, se estableció como regla que si existía necesidad médica (incompatibilidad entre tratamiento de la epilepsia y prevención de embarazo o riesgos durante el embarazo) y posibilidad futura de lograr condiciones que permitieran el consentimiento (ejercicio de la autonomía), no era posible que se practicara la intervención. Lo anterior, con el objeto de proteger el derecho a la autonomía, que no se agota en el estado mental de la persona. En dicha oportunidad, la tutela fue interpuesta por la madre de la paciente, ante la negativa del Seguro Social de practicar la intervención.

De acuerdo con lo anterior, existiría un precedente en la materia y bastaría condicionar la decisión a dicha regla. Empero, en el presente caso, como ya se indicó, el Seguro Social no se ha negado a realizar la tubectomía, sino que se ha dilatado la intervención en espera de la autorización del ICBF. Así mismo, no existe información sobre las condiciones personales de la menor, que permitan establecer si existe necesidad médica o si tiene posibilidad de lograr condiciones mentales dirigidas a ejercer un consentimiento futuro, lo cual, como ya se vio, debe ser analizado por un juez de la República en su momento. Ello implica que se abre un abanico de posibilidades derivadas de la conjugación de estos dos factores.

[...]

El derecho a tener familia y a decidir el número de hijos. Proyección de la autonomía individual

[...]

En el caso particular de la tubectomía, el consentimiento informado supone que la persona tiene capacidad (real) de comprender que tal intervención limitará o anulará la posibilidad de tener hijos y de conformar una familia (por vía de descendencia). El consentimiento informado no se limita a autorizar la realización de la intervención, sino que comprende el conocimiento sobre y la asunción de las consecuencias derivadas de la misma, así sean pasajeras.

En este orden de ideas, la inexistencia de posibilidad de otorgar consentimiento informado para realizar una tubectomía, implica que también existe imposibilidad de decidir sobre la conformación de una familia y sobre el número de hijos que se desea. Es decir, no se podría limitar o anular los derechos en cuestión, pues la persona está en incapacidad para ejercerlos.

[...]

Se podría oponer que esta postura propugna por una definición exclusivamente funcional de los derechos, cuando debe protegerse *in abstracto* la posibilidad de decidir sobre la conformación de una familia y sobre el número de hijos que se desea, puesto que, tal como la Corte Constitucional lo ha precisado, la autonomía no se puede reducir a la capacidad mental de la persona.

[...]

Someter a una mujer con graves problemas mentales, que le impiden tomar decisiones sobre el número de hijos o la conformación de una familia, a la obligación de tener un hijo y, por consiguiente, conformar una familia, resulta en extremo desproporcionado. En tal caso, la autonomía —decidir sobre su propio cuerpo— queda reducida a su mínima expresión, tornándose en un embarazo forzado [...] La protección de la autonomía demanda proteger el derecho a decidir sobre su propio cuerpo que, ante la ausencia de una real capacidad de decisión sobre la intención de convertirse en madre, no puede basarse en el prejuicio según el cual toda mujer desea, por razones biológicas, ser madre. De aceptarse esta tesis, nuevamente estaríamos frente a una pseudo-autonomía, determinada biológicamente. Es decir, la degradación de la persona a la mera condición de ser humano en capacidad de reproducirse. Ante la posibilidad de llegar a semejante situación, no queda otra opción, a fin de brindar una protección efectiva a una persona en una situación de debilidad manifiesta y en aras de un respeto genuino por los derechos de la mujer, que el juez, en el proceso que para ese fin ha de iniciarse, pueda autorizar, si existen argumentos razonables (v.gr. seguridad personal), la práctica de la tubectomía a pesar de la ausencia de consentimiento previo.

[...]

Derecho fundamental violado por el Seguro Social

[...]

En el presente caso la demandante interpuso acción de tutela por la demora del Seguro Social en realizar la tubectomía, supuestamente derivada de la ausencia de contratos con centros que la realizaran. Si bien en el proceso se demostró que la demora se explica por la solicitud de autorización al ICBF que hiciera el Seguro Social, debe la Corte establecer si el argumento de la demandante tiene asidero. Lo anterior, por cuanto los jueces de instancia negaron la tutela bajo la consideración de que al no existir vínculo alguno entre la tubectomía y la recuperación de las capacidades mentales de la menor Diana Maritza, no existía violación del derecho a la salud u otro derecho fundamental por razones de conexidad.

De los argumentos expuestos por los jueces de instancia se desprenden dos reglas: (i) que sólo es exigible por vía de tutela las intervenciones quirúrgicas que impliquen una mejoría de la salud mental del paciente y (ii) que el derecho a la salud sólo com-

prende el derecho a mejorar una situación de enfermedad previa. Si bien es posible subsumir la primera regla dentro de la segunda, como se verá más adelante, existen razones para analizarlas de manera separada.

[...]

En relación con la segunda regla, la Corte ha precisado que el derecho a la salud comprende la garantía de condiciones de bienestar físico y psíquico de la persona. Así, resultan, en principio, comprendidas soluciones médicas que no superen la enfermedad, sino que la hagan soportable.

En el presente caso el juez de primera instancia carecía de elementos de juicio que le permitieran evaluar la necesidad médica de la tubectomía. Ante la inexistencia de tales elementos de juicio, la solución a la que arriba el juez resulta insostenible por ausencia de una justificación admisible y suficiente. Es más producto de una apreciación personal del fallador, que de un juicio objetivo sobre la situación fáctica sometida a su decisión.

De lo anterior se desprende que no sólo estaba en juego el derecho a la salud de Diana Maritza [...], sino que también existía una posible amenaza a su derecho fundamental al debido proceso. Se ha probado que tal amenaza no se tradujo en violación del derecho, habida consideración de que la EPS —Seguro Social— no había ordenado la realización de la tubectomía, puesto que estaba en espera de la decisión del ICBF.

RESUELVE

Primero. Confirmar, por las razones expuestas en esta sentencia, las sentencias del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín y de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante las cuales se negaron las pretensiones de la demandante.

Segundo. Ordenar que por conducto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se le informe a la demandante sobre los trámites, en los términos indicados en la presente sentencia, que debe realizar a fin de poder solicitar a un juez de la República que autorice la práctica de una tubectomía en su hija [...].

Tercero. Ordenar al Seguro Social que en lo sucesivo se abstenga de practicar tubectomías o intervenciones que afecten la autonomía personal de personas con limitaciones mentales, hasta que no se obtenga la autorización judicial respectiva o que se trata de una situación de urgencia o imperiosa necesidad.

Cuestiones a debatir

Cuando el procedimiento —en este caso la esterilización voluntaria— no conduce a reparar o aliviar una patología de base, es considerada una intervención

que no mejora una enfermedad, o que no es terapéutica. Se podría argumentar que esta intervención atrofia las capacidades naturales del individuo para procrear, que tiene un carácter mutilante del cuerpo y que, por esto, no podría ser permisible.⁵⁷

Los casos de solicitudes de esterilización que se judicializan se enfrentan a un problema adicional. Si la lectura que se hace del concepto de salud es remedial, en este caso, si la esterilización no resuelve una patología o condición médica determinada, esa intervención podría quedar por fuera de la cobertura de los procedimientos médicos incluidos en el sistema de seguridad social.⁵⁸ Por esto la discusión sobre la esterilización voluntaria tiene el potencial de oscurecer el hecho de que los derechos reproductivos requieren condiciones habilitantes para su ejercicio.

Preguntas

En relación con el caso Falcon María Liliana contra Hospital Vidal de la ciudad de Corrientes:

1. El Estado, en su respuesta, ¿cómo construye la tesis de la autonomía de la mujer?
2. ¿El fallo acoge los planteamientos del Comité de Derechos Humanos en relación con el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres?⁵⁹
3. ¿Es adecuada la preocupación del juez Niz sobre la relación entre esterilización y pobreza? ¿Cómo se podría hacer eco del reproche del juez Niz en relación con el derecho a la salud?

⁵⁷ En este sentido concibe Costa Rica la regulación de la esterilización: de acuerdo con el artículo 129 de su Código penal, sólo es aceptable desde un punto de vista médico. Ver María Carranza, "The Therapeutic Exception: Abortion, Sterilization and Medical Necessity in Costa Rica", *Developing World Bioethics*, vol. 7, N° 2, 2007, pp. 56-57 y pp. 59-60. Como señala José Joaquín Ugarte, "En virtud del principio de la totalidad, y en definitiva de la indisponibilidad de la integridad física, es asimismo ilícita la esterilización por amputación o inutilización de los órganos de la generación, ya en el hombre ya en la mujer, que se suele practicar con fines de control de natalidad, o bien con fines eugenésicos [...] Además está decir que no desaparece la ilicitud porque la esterilización en referencia sea practicada o consentida por el propio afectado", en José Joaquín Ugarte, *El derecho a la vida, bioética y derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 129.

⁵⁸ En el caso seguido entre la Superintendencia de Isapres, contra una aseguradora de salud en Chile, la institución se negó a pagar la ligadura de trompas de una mujer aduciendo que no existía una razón médica para realizar el procedimiento médico. Ver Corte de Apelaciones de Santiago, recurso de reclamación, rol 6566-97 "Cigna Salud Isapre S.A. contra Superintendencia de Isapres", 14 de abril de 1998.

⁵⁹ Ver nota 54.

4. ¿Cómo habría que configurar el daño concreto y grave —que exige el Estado— para otorgar la prestación? ¿Qué problemas tiene esta postura?

En relación con la decisión de la Corte Constitucional de Colombia T-248 de 2003:

1. ¿De qué manera la Corte reafirma la autonomía reproductiva de las mujeres? ¿Cómo relaciona la Corte la autonomía y la maternidad? ¿Es contradictoria o no la decisión de la Corte?

2. ¿Qué críticas se pueden hacer a partir del razonamiento legal de los sentenciadores en primera y segunda instancia?

3. ¿En qué sentido los casos dan cuenta de una lectura restringida o amplia del derecho a la salud?

B. SEGUNDO PROBLEMA: LAS CREENCIAS RELIGIOSAS DE LOS PRESTADORES DE SALUD

Otro problema al que se enfrentan hombres y mujeres a la hora de acceder a los servicios de salud es la influencia de las convicciones éticas o religiosas del personal de salud cuando se superponen sobre los derechos de los pacientes. Este conflicto se identifica, generalmente, como objeción de conciencia. El objeto de conciencia es una persona que se apega al derecho, pero incumple la prestación de un servicio al que está obligado por creer que éste interfiere con sus creencias morales o religiosas. Al desobediente sólo “se le puede acusar de poner la pureza de su propia alma por encima del bien de otros”.⁶⁰

En estas situaciones se encuentra en tensión el derecho a la libertad de conciencia de los prestadores de salud y el derecho a la protección de la vida y la salud del paciente. Todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y el Estado no puede inmiscuirse en sus creencias.⁶¹ Sin embargo, la expresión de las creencias está supeditada a otros intereses, como la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos o libertades de los demás.⁶² El comité de la CEDAW ha manifestado en diversos informes que la objeción de conciencia no puede constituirse en un límite para el ejercicio del derecho a la salud de las mujeres.⁶³

⁶⁰ Peter Singer, *Democracia y desobediencia*, Ariel Derecho, Barcelona, 1985, p. 109.

⁶¹ Este derecho está recogido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 18, y en la Convención Americana en su artículo 12.

⁶² Artículo 12.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales a

En algunos países, la objeción en materia de salud está especialmente prevista en la ley⁶⁴ o en normas técnicas,⁶⁵ y contempla que los prestadores directamente involucrados en la prestación de servicios puedan abstenerse de realizar actos que puedan ir contra su conciencia ética o sus convicciones religiosas. Sólo las personas naturales, no las instituciones, pueden invocar la objeción de conciencia.⁶⁶ Sin embargo, en algunas ocasiones la ley contempla que los prestadores institucionales se puedan exceptuar del cumplimiento de ciertas obligaciones.⁶⁷

Juzgado de Primera Instancia en lo Correccional N°1 de Paraná, Argentina
N. B. E. contra Hospital San Roque
y/o Secretaría de Salud y/o Estado Provincial de Entre Ríos, Argentina
29 de noviembre de 1996

Problema jurídico

¿Se le puede exigir a un establecimiento público que realice una intervención quirúrgica cuando ésta no previene o cura una enfermedad, y cuando los profesionales que estarían a cargo la consideran contraria a sus convicciones morales?

Croacia, 14/5/98, U.N. Doc.A/53/38, Rev. 1, párrafo 199, y Observaciones finales a Italia 17/07/97, U.N. Doc.A/52/38, Rev. 1, párrafo 353.

⁶⁴ Por ejemplo, la Ley General de Salud, México D.F., artículo 16 bis N° 7; artículo XII, Ley General de Salud, Perú.

⁶⁵ Ministerio de Salud de Chile, decreto supremo N° 48, Normas nacionales de la regulación de la fecundidad, 7 de febrero de 2007.

⁶⁶ En este sentido se pronunció la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-355/06 del 10 de mayo de 2006: “la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas o el Estado. Sólo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia”.

⁶⁷ La ley 25673/02 de Argentina estableció la creación del “Programa nacional de salud sexual y procreación responsable”, que reglamenta las prestaciones y acciones en el ámbito de la regulación de la fecundidad para todas las instituciones de salud. En su artículo 10 establece “que las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud podrán, con fundamento en sus convicciones, exceptuarse del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6° de la ley en lo referente a la prescripción y suministro de métodos y elementos anticonceptivos”. El decreto reglamentario agrega que se respetará el derecho de los objetores de conciencia a ser exceptuados de su participación en el Programa previa fundamentación, y que ello se enmarcará en la reglamentación del ejercicio profesional de cada jurisdicción. Aclara asimismo que los objetores de conciencia lo serán tanto en la actividad pública institucional como en la privada. María Carla Bostiancic, “Revisión y análisis de la legislación en Argentina en materia de derechos reproductivos”, IV Congreso internacional de derechos y garantías en el siglo XXI, 19-21 de abril de 2007. Disponible en www.aaba.org.ar/bi23n011.htm.

Hechos

La señora N. B. E. interpone acción formal de amparo contra el Hospital Materno Infantil San Roque y/o Secretaría de Salud y/o Estado Provincial, a fin de que se le practique una intervención quirúrgica de ligadura de trompas. El Hospital se niega a llevar a cabo el procedimiento, alegando que, ante la ausencia de patología, “no puede violentarse al galeno sobre el marco ético, legal y moral en los cuales se desenvuelve profesionalmente y obligarlo a realizar la prestación requerida”.

Decisión

El Juez acepta y da lugar a la acción de amparo incoada por N.B.E., y en consecuencia da la orden perentoria para que el Estado Provincial arbitre los medios necesarios, se practique la intervención solicitada por la accionante —ligadura de trompas—, y cualquier otra medida terapéutica indicada para el caso según las reglas del arte de curar.

Extractos

[...]

[La accionante] refiere poseer seis hijos encontrándose embarazada del séptimo con fecha probable de parto para el próximo 5 de diciembre; que ha tenido otros dos embarazos que concluyeron en abortos espontáneos.

Agrega [...] que padece hipertensión arterial severa, diabetes mellitus y asma bronquial; que ha sufrido un cuadro neurológico por hipertensión con secuelas y que ha sufrido crisis hipertensivas prolongadas durante los embarazos, hechos traumáticos éstos que —infiere— ponen en peligro su vida y la de su hijo en gestación.

Relata además E. que sobrevive en una realidad lacerante por las necesidades materiales que padece, ya que no puede trabajar debido a sus padecimientos físicos; su compañero gana trescientos pesos mensuales y la precaria vivienda en que habitan no permite la presencia de sus hijos.

Que ante tan angustiada situación interesó al médico ginecólogo se le ligaran las trompas al terminar el presente embarazo, pero tal solicitud le fue verbalmente negada en razón a su escasa edad y ante lo mutilante de la intervención requerida. Enfatiza la accionante que comprende con claridad lo invalidante de la cirugía ambicionada pero —dice— que también sus numerosos hijos tienen derecho a una madre sana —física y psíquicamente— que los pueda cuidar y acompañar en su crecimiento. Si un nuevo embarazo llegara —advierte— y no ocurriera mi muerte... está siempre presente el riesgo de otra crisis de hipertensión lo que me invalidaría, bajando bruscamente mi calidad de vida, por afectar mi salud, concluye la [señora] E.

Es por ello que concurrió a la Defensoría de Pobres y Menores de esta Ciudad a los fines que se efectuaran los trámites judiciales pertinentes para solucionar en forma definitiva su aflicción, pero los caminos intentados a través del órgano judicial resul-

taron infructuosos por cuanto las autoridades del Hospital San Roque se negaron a realizar la práctica médica requerida aduciendo problemas morales y en razón de lo mutilante de la intervención en una paciente de 26 años.

[...]

El [...] director del Hospital público aduce —en principio— que no existen razones de índole patológicas-clínicas que se desprendan de la historia clínica que acompaña y que justifique desde el punto estrictamente médico la cirugía pretendida. Resalta que ante la ausencia de dicha patología no puede violentarse al galeno sobre el marco ético, legal y moral en los cuales se desenvuelve profesionalmente y obligarlo a realizar la prestación requerida. Cita, para el caso, el *Código de ética* de la Confederación Médica Argentina y la obra *Medicina legal*, de Nerio Rojas.

Desde el punto [de vista] estrictamente jurídico, el [doctor] Dante Ayala manifiesta que ante la ausencia de enfermedad debidamente acreditada resulta irrelevante el consentimiento del paciente en cuanto la práctica quirúrgica que se interesa resulta manifiestamente ilícita. En esa dirección, cita la ley nacional N° 17132, art. 20, inc. 18, y el art. 26 de la ley provincial 3818. Por lo demás estima que de insistirse en el tema sin causa clínica médica que lo aconseje, es poner a los médicos tratantes, al Hospital y al Estado Provincial en una obligación de hacer ilegítima e ilícita penalmente sus conductas. En ese marco refiere que las operaciones o las intervenciones quirúrgicas de personas implican una incisión en el cuerpo humano que se convierte desde el punto de vista objetivo en una lesión lisa y llana. Pero esta lesión médico-quirúrgica en la medida en que se realice con el único fin de proteger la vida y la salud del individuo en razón de existir una causa patológica que pusiera en peligro estos valores, cede a la antijuridicidad y la culpabilidad del hecho como tal, más allá de sus resultados o eficacia del mismo.

Culmina la parte accionada interesando se rechace el amparo interpuesto, con costas.

[...]

A su turno, el [señor] Fiscal de Estado Adjunto, en contestación al mandamiento librado, refiere que la pretensión de la actora, perfecta y eficazmente, dice, se pudo haber tramitado de conformidad con lo prescripto para los procesos voluntarios —art. 814 del Código procesal civil— sin recurrir por ello a la vía excepcional del amparo. Enfatiza que no se advierte violación alguna a derechos constitucionales ni tampoco la urgencia invocada. Considera, además, que el amparo ha sido interpuesto después de los treinta días corridos, lo que lo torna inadmisibile.

Yendo al fondo del asunto, el representante del Estado provincial infiere que en el caso no nos hallamos en presencia de una prestación exigible a un establecimiento de salud público, puesto que no es obligación de esta clase de nosocomio asistir a personas que no adolecen de enfermedad alguna y que demandan intervenciones a los solos fines de su comodidad sin móviles terapéuticos [de ninguna índole].

En la misma inteligencia de razonamiento del [señor] Director del Hospital San Roque, el [señor] Fiscal de Estado adjunto refiere que tratándose de una operación por la cual se produce una lesión consistente en la pérdida de la capacidad de engendrar o concebir, se podría encuadrar el caso en el tipo penal previsto en el art. 91 del Código penal.

Por fin, relativiza la prueba aportada a juicio por E., cita jurisprudencia e interesa el rechazo de la acción, con costas [...]

Tan angustiante y penosa situación de vida, agravada por enfermedad acreditada, no sólo que resulta negada o no consentida —si se quiere— por hospital público y [señor] Fiscal de Estado sino que —paradojalmente— se le invocan razones de moral corriente (fs.27) o de salud (obviamente en un sentido restringidísimo del término) para negarle la prestación que requiere.

En primer lugar he de descartar la polémica sobre la interrelación, separación o conjunción entre moral y derecho, o la preeminencia de uno de los dos conceptos, pero lo que sí he de resaltar es que nosotros —servidores públicos— y en este caso puntual el Estado entrerriano en sentido amplio (gobernantes, médicos, jueces, legisladores), no podemos ni debemos determinar cómo deben actuar y vivir las personas para ser moralmente virtuosas.

La Constitución Nacional en su art. 19, parte primera, expresa: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exenta de la autoridad de los magistrados”. Esta norma se refiere a aquellas acciones voluntarias que formen parte de la autorreferencia de la persona, área de libertad en la que el Estado no puede interferir indicándonos cómo debemos vivir para ser virtuosos o qué debemos planificar o profesar, por cuanto sólo atañe al individuo elegir un proyecto de vida personal (Juan C. Vega y Marisa A. Graham, *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Astrea, 1996).

Es probable que la pretensión de la [señora] E. violente exigencias morales de otras personas en diferentes ámbitos; ello es así, en la medida en que somos distintos y así —distintos— corresponde que nos toleremos. Ahí entonces radica el sentido de la garantía constitucional que comentamos: la no imposición de una moral privada la que como acción exteriorizada debe ser aceptada, mientras no se provoquen daños a terceros (Juan C. Vega, *op. cit.*). En este sentido, Bidart Campos (*Derecho constitucional, Tratado*, tomo I, Ediar, 1995, p. 374) cita, a modo de ejemplo, algunas conductas autorreferentes resguardadas en la intimidad, entre las que se encuentran la elección del plan personal de vida y su realización; el consentimiento para la ablación de órganos del propio cuerpo con destino a transplantes a favor de terceras personas; la elección de medicina, terapia y medicación y la negativa de las personas con discernimiento para someterse a terapias contra las cuales formulan objeción de conciencia, o a intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos que

se rechazan por diversidad de razones personales, entre otras; ello siempre —claro está en la norma constitucional— que con esa negativa no se comprometa la salud pública o de terceros.

El juez concede el amparo: Se resuelve: Hacer lugar a la acción de amparo incoada por N.B.E. y, en consecuencia, librar mandamiento para que el Estado Provincial arbitre, en forma perentoria, los medios necesarios y se proceda a la intervención quirúrgica de la accionante practicando la ligadura de sus trompas y toda otra acción terapéutica que resultare indicada para el caso según las reglas del arte de curar. La operación ordenada se realizará al momento del parto cuya fecha probable está estimada el 5 de diciembre de 1996 —si se realiza cesárea— o luego del mismo (si el parto se hubiere producido durante la tramitación del presente) en la primera oportunidad que médicamente se establezca.

Nota de prensa

Nueva ley de anticoncepción quirúrgica “Clínicas católicas plantean objeción de conciencia”⁶⁸

Las autoridades médicas del Hospital Universitario Austral, el Sanatorio San Camilo y la Casa-Hospital San Juan de Dios [en Argentina] le solicitaron al poder Ejecutivo que tome en cuenta la “objeción de conciencia institucional” a la hora de reglamentar la Ley que autoriza a las personas mayores de edad a realizarse cirugías de ligaduras de trompas o vasectomías. Las instituciones alegan la inconstitucionalidad de la norma.

La ley 26130 del 8 de agosto de 2006 obliga a los agentes del sistema de salud, hospitales públicos, sanatorios particulares, obras sociales y empresas de medicina prepaga a realizar intervenciones de esterilización a mujeres u hombres sin el cobro de ningún arancel.

Los hospitales y servicios de salud no estatales merecen no estar obligados a realizar por sí o por terceros, prácticas médicas que, como la ligadura de trompas y la vasectomía, si, de acuerdo a su ideario y convicciones se encuentran en oposición con los principios que sostienen.

Muchas instituciones privadas de salud (hospitales clínicas, etcétera) poseen un ideario, religioso o filosófico, que expone y busca transmitir integralmente su identidad institucional y convicciones, así como orientar su planeamiento estratégico y sus políticas y acciones asistenciales.

⁶⁸ *Página 12*, “Clínicas católicas plantean objeción de conciencia”, 10 de agosto de 2006, en www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-71228-2006-08-10.html#inicio. La ex defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, Diana Mafía, a propósito de la ley general sobre salud reproductiva, había señalado que las instituciones no podían invocar la objeción de conciencia. Ver Soledad Vallejos, “Debate en La Frontera”, *Página 12*, 28 de mayo de 2005 en www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-1967-2005-0525.html.

Además del ideario filosófico o religioso de la institución, la objeción de conciencia puede ser ejercida individualmente por los médicos y directivos que se han asociado para procurar una mayor cantidad y calidad de atención médica para la población.

Cuestiones a debatir

La aplicación de la objeción de conciencia en materia de salud es relativamente reciente en América Latina. Establecer excepciones al cumplimiento del deber profesional en el ámbito de la salud mediante la objeción de conciencia podría ser visto como una forma de fortalecer y perpetuar la asimetría de poder entre usuarios del sistema de salud y los profesionales del área. Por esto es relevante analizar las condiciones y el contexto en los que se ejerce la objeción de conciencia a fin de asegurar el derecho a la salud de todas las personas.

En el ámbito de la salud se ha producido el fenómeno de la terciarización, o delegación de funciones —o externalización— en la entrega de servicios de salud. El Estado celebra convenios o contratos para que terceros ejecuten algunas prestaciones. Esta situación hace más complejo el análisis sobre los límites de la objeción de conciencia de los prestadores, pues es posible que la misión y visión de los privados colisione con los derechos de la salud de las personas, especialmente en el ámbito de la sexualidad y la reproducción.

Preguntas

La ley 26130 de Anticoncepción quirúrgica, publicada en agosto de 2006 en Argentina, establece:

Artículo 6°. Objeción de conciencia. Toda persona, ya sea médico o personal auxiliar del sistema de salud, tiene derecho a ejercer su objeción de conciencia sin consecuencia laboral alguna con respecto a las prácticas médicas enunciadas en el artículo 1° de la presente ley.

La existencia de objetores de conciencia no exime de responsabilidad, respecto de la realización de las prácticas requeridas, a las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda, quienes están obligados a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata.

Por su parte, la disposición del artículo 10 de la ley 25673/02, que crea el “Programa nacional sobre salud sexual y procreación responsable” establece:

Las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse del

cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º, inciso b), de la presente ley [sobre suministros y prescripción de anticonceptivos].

1. ¿Qué conflictos se pueden presentar a la hora de interpretar y aplicar estas dos disposiciones? ¿Se puede justificar la adopción de una regla distinta en materia de esterilización?

2. Siguiendo el estándar de satisfacción del derecho a la salud, y aplicando el parámetro de disponibilidad de servicios, ¿qué problemas advierte cuando el prestador de una localidad es uno solo? ¿Cómo se podría resolver el conflicto?

3. Si el Estado financia total o parcialmente las prestaciones de salud, ¿podría un prestador institucional abstraerse del cumplimiento de un programa?

II. EL ABORTO

Uno de los problemas de salud más severos de las mujeres de América Latina y el Caribe es la mortalidad provocada por los abortos clandestinos. El aborto está tipificado como delito en la mayoría de los países de la región.⁶⁹ No obstante, su práctica es masiva. En México, por ejemplo, se estima que, anualmente, un millón de mujeres y niñas recurren al aborto ilegal.⁷⁰

Las cifras de mortalidad por esta práctica varían según los países y continentes, y la letalidad está directamente relacionada con su ilegalidad. La mortalidad por aborto en Estados Unidos es de 0.6 por 100 mil procedimientos, mientras que en países en desarrollo esa tasa puede alcanzar cientos de veces más. Sin embargo, debido al carácter clandestino e ilegal del aborto en la región, las cifras son sólo estimaciones.⁷¹

⁶⁹ El aborto es legal en Puerto Rico, Guyana y Cuba, donde, sin embargo, es delito cuando se realiza fuera de la reglamentación establecida. Recientemente, la Asamblea Legislativa del D.F. de México despenalizó el aborto cuando se realiza en las primeras doce semanas de gestación, y redujo las penas de las mujeres que recurren a esta práctica después de ese período. En el resto de los países de América Latina y el Caribe el aborto es un delito; en general se exceptúan de la norma los abortos en casos especiales, como el embarazo producto de una violación o por indicación médica. Al cierre de la edición de este libro, se desconocía el resultado de dos acciones de inconstitucionalidad presentadas en contra de la ley que despenalizaba el aborto en el D.F. de México ante la Suprema Corte de Justicia de México, una por parte de congresistas y la otra por parte de la Comisión de Derechos Humanos.

⁷⁰ Human Rights Watch, *Víctimas por partida doble. Obstrucciones al aborto legal por violación en México*, vol. 18, N° 1 (B), 2006, p. 32.

⁷¹ World Health Organization, *Unsafe Abortion. Global and Regional Estimates of the Incidence of Unsafe Abortion and Associated Mortality in 2000*, World Health Organization, Ginebra, 2004, p. 5, disponible en www.who.int/reproductive-health/publications/unsafe_abortion_estimates_04/estimates.pdf.

La situación de América Latina y el Caribe, con excepción de Cuba, y en menor medida de Puerto Rico,⁷² se encuentra definida por el eje crimen y castigo, mientras que en el resto de los países la tendencia es a considerarlo como una opción para preservar la salud y vida de las mujeres.⁷³

El discurso sobre el aborto en la región ha estado marcado en buen grado por la gran influencia que ha tenido y tiene la Iglesia católica.⁷⁴ La inadmisibilidad del aborto desde el punto de vista religioso ha sido el presupuesto necesario para prohibirlo y castigarlo.⁷⁵ El derecho se ha vuelto así una suerte de brazo armado de la moral católica, soslayando las diversas concepciones morales que conviven en una sociedad.⁷⁶

Desde un punto de vista filosófico, la punición del aborto se fundamenta en la categoría de persona que se le otorga al *nasciturus* desde el momento de la fecundación.⁷⁷ El argumento de la sacralidad del derecho a la vida, entendido como inviolable y absoluto, invalida cualquier otro argumento, aun cuando el

	Incidencia del aborto inseguro			Mortalidad por aborto inseguro		
	Abortos inseguros (miles)	Abortos inseguros por 100 nacidos vivos	Abortos inseguros por 1.000 mujeres 15-44 años	Número de muertes maternas por aborto inseguro	%	Muertes por aborto inseguro por 100.000 nacidos vivos
El mundo	19.000	14	14	67.900	13	50
Países desarrollados	500	4	2	300	14	3
América Latina y el Caribe	3.700	32	29	3.700	17	30
El Caribe	100	15	12	300	13	40
América Central	700	20	21	400	1	10
Suramérica	2.900	39	34	3.000	19	40

Fuente: World Health Organization.

⁷² Si bien Puerto Rico se encuentra bajo el imperio de la decisión de Roe versus Wade de la Corte Suprema de los Estados Unidos, las mujeres de ese país encuentran problemas relacionados con el aborto seguro. Alice Colón, “El aborto en Puerto Rico: por qué es insuficiente la legalidad”, en *Cuadernos Mujer y Salud 9. Cuerpos autónomos, vidas soberanas. Mujeres y derecho al aborto libre y seguro*, Santiago, 2005, pp. 82-85.

⁷³ Rebecca Cook y Bernard Dickens, *Dinámicas de los derechos humanos en la reforma de las leyes de aborto*. Disponible en www.gire.org.mx/phpnuke/modules.php?name=prueba&opgire=61.

⁷⁴ Vale destacar que en el Uruguay, el Código penal de 1933 sólo incriminaba el aborto sin el consentimiento de la mujer, situación que cambió en 1937, cuando la punición fue moneda de cambio para la aprobación del presupuesto de la nación. Ver Ana Inés Rodríguez, “El aborto en Uruguay: una experiencia de trabajo”, en CLADEM, *Vigiladas y castigadas, op. cit.*, p. 257.

⁷⁵ Luigi Ferrajoli, “La cuestión del embrión entre derecho y moral”, Perfecto Andrés Ibáñez, trad., *Revista Jueces para la Democracia*, N° 44, 2002, p. 3. Disponible en www.juecesdemocracia.es/publicaciones/revista/articulosinteres/Lacuestiondelembri%F3nntrederechoymoral.pdf.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Margarita Valdés, “Aborto y personas”, en Margarita Valdés, comp., *Controversias sobre el aborto*, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM y Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2001, pp. 70-74.

embarazo sea producto de una violación, así el feto tenga serias malformaciones congénitas o incluso cuando la gestación ponga en riesgo la salud o la vida de la mujer. Según esta perspectiva, el aborto, en ningún caso, tiene justificación.⁷⁸ El liberalismo y el feminismo abordan el aborto desde la perspectiva del derecho a la autonomía de las mujeres sobre su propio cuerpo,⁷⁹ y del derecho a trazar sus propios proyectos de vida.⁸⁰ Los argumentos a favor de la regulación del aborto parten de premisas diversas. Algunos se basan en el rechazo de la identidad del feto como persona, y concluyen que el derecho a la autonomía de la mujer se sobrepone a cualquier otra consideración. Si el feto es o no persona, es para ciertos autores una valoración ética individual.⁸¹ Sin embargo, las perspectivas que se construyen a partir de la calidad de persona del cigoto, embrión o feto terminan ocultando la pregunta sobre la capacidad moral de las mujeres para decidir y ejercer su derecho a la integridad corporal.⁸²

Aun si la discusión se construye a partir de la premisa de que tanto el feto como la mujer comparten la condición de persona, no queda claro por qué la vida de la mujer pasa a tener un menor valor y a merecer una menor protección por el hecho de cursar un embarazo. Si feto y mujer se consideraran iguales, la mujer podría invocar figuras legales como la legítima defensa, la inexigibilidad de otra conducta o el estado de necesidad para proteger su propia vida o integridad.⁸³ Esta premisa, obviamente, es limitada: no ofrece un argumento satisfactorio para los casos de interrupción del embarazo en los que no se pueden aplicar las justificaciones indicadas.

Por otro lado, el debate sobre el aborto centrado exclusivamente en los derechos de las mujeres podría convertirse en una victoria pírrica si los gobiernos

⁷⁸ Angelo Papacchini, *Derecho a la vida*, Editorial Universidad del Valle, Cali, 2001, pp. 193-197.

⁷⁹ Margarita Valdés, "Aborto y personas", *op. cit.*, p. 74.

⁸⁰ Las decisiones de la Corte Suprema de Canadá sobre derechos reproductivos tienen un elemento en común: la restricción al aborto viola el derecho a la vida, seguridad y libertad personal de las mujeres. Lynn Smith, "An Equality Approach to Reproductive Choice: R. v. Sullivan", *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 4, No. 1, 1991, pp. 93-99.

⁸¹ Ésta es la posición de Luigi Ferrajoli, "La cuestión del embrión entre derecho y moral", *op. cit.*, p. 6.

⁸² Beverly Wildung Harrison, *Our Right to Choose: Toward a New Ethic of Abortion*, Beacon Press, Boston, 1984, pp. 193-199.

⁸³ Esto lo trata ampliamente Judith Jarvis Thomson, en "Una defensa del aborto", Margarita Valdés, trad., en M. Valdés, *Controversias sobre el aborto*, *op. cit.*, pp. 187-207. Antonio Bascañán Rodríguez discurre sobre la legítima defensa (estado de necesidad defensivo), y otras justificantes que permitirían a la mujer y al facultativo terminar legítimamente con un embarazo. Antonio Bascañán, "La licitud del aborto consentido en el derecho chileno", *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004, pp. 143-181.

no están dispuestos a pagar por los servicios de abortos legales.⁸⁴ Este punto es aún más evidente cuando el aborto se construye a partir de la idea de no intervención estatal, pues podría implicar que no es obligación del Estado financiar esta práctica.

En Estados Unidos, desde la decisión de su Corte Suprema en *Roe v. Wade* en 1973, se ha intentado cercenar el derecho a decidir de las mujeres a través de la legislación o decisiones judiciales.⁸⁵ De ahí que las feministas canadienses, por ejemplo, hayan fundado la despenalización del aborto en la igualdad, el respeto del derecho a la vida de las mujeres, la seguridad y libertad personal.⁸⁶

Por otra parte, asumir que el aborto es un problema de derechos significa que éstos deben ser ponderados cuando entran en conflicto. La posición de las mujeres sería entonces más feble, cuando, por ejemplo, se acerca el punto de la viabilidad fetal. Como indica Papacchini,

[...] se trata de sopesar los valores o derechos enfrentados —derecho a la intimidad, al desarrollo de la personalidad y la autonomía procreativa de la mujer, versus valor de la vida, intereses y eventualmente los derechos del feto— y no de manera general sino en estrecha relación con casos específicos: embarazos a raíz de una violación, peligro para la vida de la madre, perspectivas futuras para la vida o calidad de [...] vida del feto, etc.⁸⁷

En la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo se llegó al consenso de que el aborto no puede ser promovido como un método de planificación familiar. Los Estados deben comprometerse a proporcionar un trato humanitario y a orientar a las mujeres que han recurrido a esta práctica.⁸⁸

⁸⁴ Como lo afirmó proféticamente Carol Smart en *Feminism and the Power of the Law*, Routledge, London, 1989, pp. 143-144.

⁸⁵ Desde el pronunciamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el financiamiento para la realización de abortos se ha convertido en un problema creciente que afecta especialmente a mujeres de menores ingresos. En muchos estados es posible contar con financiamiento para la esterilización de mujeres pobres, pero no para la realización de abortos legales. A su vez, distintos estados han incorporado leyes que restringen el acceso de las adolescentes al aborto sin el consentimiento parental o la notificación a los padres, o bajo autorización judicial en subsidio. Marlene Gerber sostiene que la utilización del concepto o demanda por el derecho a elección o “choice” invisibiliza a todas aquellas mujeres que hoy en los Estados Unidos no la tienen. Así, el movimiento ha litigado casos en los tribunales para reducir el impacto de las leyes o las políticas que han cercenado el derecho a un aborto legal. Ver Marlene Gerber Fried, “Abortion in the US: Barriers to Access”, *Reproductive Health Matters*, N° 9, 1997, pp. 37-45.

⁸⁶ L Smith, “An Equality Approach to Reproductive Choice: *R. v. Sullivan*”, *op. cit.*, pp. 93-99.

⁸⁷ Angelo Papacchini, *Derecho a la vida*, *op. cit.*, p. 201.

⁸⁸ Plataforma de Acción de la Conferencia de Población y Desarrollo, párrafo 7.24, Cairo, 5-13 de septiembre de 1994, Naciones Unidas, Nueva York, 1995, (ST/ESA/SER.A/149).

La tendencia actual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸⁹ es a considerar la punición de toda forma de aborto como una grave violación a los derechos humanos de las mujeres, ya sea a su integridad, a su derecho de supervivencia o al derecho al acceso a los servicios de salud en confidencialidad.⁹⁰ Se ha entendido, por ejemplo, que hay vulneración de los derechos de las mujeres cuando se las notifica en los hospitales ante las complicaciones de un aborto inducido, o cuando el Estado no entrega los servicios de abortos no punibles.

No obstante lo anterior, la situación de la región se encuentra en una etapa de cambios. Ejemplos de esto son las modificaciones experimentadas en México a partir del caso de Paulina Ramírez,⁹¹ la interpretación que hace la profesión mé-

⁸⁹ En este sentido se pueden revisar algunas de las observaciones del Comité de Derechos Humanos entre 1996 a la fecha, en las que muestra su preocupación por el hecho de que la penalización del aborto infringe los artículos 3, 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú. N.U.Doc. CCPR/C/79/Add. 72, 1996; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, N.U. Doc. CCPR/CO/70/PER, 2000; Observaciones finales: Guatemala. U.N.Doc. CCPR/CO/72/GTM, 2001; Observaciones finales: Chile. U.N.Doc. CCPR/CO/79/Add.104, 1999; Observaciones finales: Colombia. U.N.Doc. CCPR/CO/80/COL, 2004; Observaciones finales: Argentina. U.N. Doc. CCPR/CO.70/ARG, 2000. De la misma manera, el comité de la CEDAW, el comité del PIDESC y el Comité contra la Tortura han hecho otras recomendaciones a los Estados parte sobre la penalización del aborto.

⁹⁰ En el caso del comité de la CEDAW, las recomendaciones a los Estados sobre este punto se han dirigido entre otros a Chile, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, U.N., Doc.A/53/38/Rev.1, parte II, 1999; CEDAW/C/CH/CO, 2006; México, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, U.N., Doc.A/53/38/Rev.1, parte I, 1998.

⁹¹ Paulina, una niña mexicana de 13 años, es violada en julio de 1999 por un adicto a la heroína que entró a robar a su casa. Paulina resulta embarazada. El estado de Baja California, en México, permite el aborto en estas circunstancias. La doctora tratante le informa a Paulina y a su madre sobre la posibilidad de practicar un aborto con la debida autorización legal. La madre de Paulina concurre al Ministerio Público, institución que autoriza el procedimiento, y extiende la orden al Servicio de Salud y al director del Hospital General de Mexicali para que se practique el aborto —esta práctica sólo puede ser realizada en instituciones públicas—. La niña es internada durante una semana, sin que se proceda a la interrupción del embarazo. Durante su estadía en el hospital es visitada por personas de movimientos anti-aborto para convencerla de que se desista de su decisión. El director del Hospital es apremiado con orden de detención por el desacato. La niña es internada nuevamente, pero media hora antes del procedimiento el médico le informa en privado a la madre que, de realizarse el aborto, la niña corría el riesgo de morir o quedar estéril. Ante la información, la madre desiste de la decisión, por temor a que su hija pueda morir. La madre posteriormente denuncia en qué condiciones cambia su decisión. Este caso fue denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y se llega a un acuerdo amistoso. Ver Gire, “Paulina en el nombre de la ley”, *Temas para el Debate 2*, México D.F., 2000. Disponible en www.gire.org.mx/publica/paulina.pdf.

dica en Uruguay frente a las complicaciones del aborto,⁹² o la reciente decisión de la Corte Constitucional de Colombia, que lo despenaliza parcialmente.⁹³

A pesar de ser uno de los delitos de mayor ineficacia, el aborto tiene un alto poder simbólico, pues da una imagen de orden moral pese al alto número de abortos clandestinos que se llevan a cabo en el Continente.⁹⁴ Así, en este caso, el derecho opera como un mecanismo que alivia la conciencia de algunos bajo la premisa de que se protege la vida del que está por nacer. Esto es lo que Zaffaroni denomina “la muerte anunciada”: ineficacia del sistema para prevenir los abortos, normalización a través de la tipificación mientras deja al descubierto y sin protección a las mujeres que se mueren por la práctica del aborto ilegal en condiciones de riesgo.⁹⁵ Zaffaroni no se equivoca cuando señala que, pudiendo ser ineficaz, la ley, a través de la criminalización, mantiene su mayor grado de poder a través de la vigilancia.⁹⁶

Es posible considerar, también, que la ilicitud del aborto lleva a las mujeres a practicarlo luego de que ha transcurrido un mayor tiempo de gestación: deben obtener la información y los recursos económicos para poder acceder a una intervención clandestina, además después de buscar la que implique menores peligros para su salud. Así, su exposición al riesgo es mayor.⁹⁷ Finalmente, desde un punto de vista utilitarista, la consecuencia de la ilegalidad del aborto está en los altos costos, tanto para las mujeres, que sufren directamente las consecuencias, como para los sistemas de salud, que deben atender las complicaciones que éstos traen consigo.⁹⁸

⁹² República Oriental del Uruguay, “Iniciativas sanitarias contra el aborto provocado en condiciones de riesgo”, Normativa de atención sanitaria y guías de práctica clínica de la ordenanza 369/04 del MPS. Agosto de 2004.

⁹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06 del 10 de mayo de 2006, que despenaliza parcialmente el aborto. Ver “Litigio de amplio impacto en Colombia: la inconstitucionalidad del aborto”. Disponible en www.womenslinkworldwide.org/sp_proj_laicia.html.

⁹⁴ Las estimaciones que hizo el Alan Guttmacher Institute, en cinco países de América Latina, mostrarían que estos casos podrían alcanzar casi un tercio de todos los embarazos. The Alan Guttmacher Institute, *Clandestine Abortion: A Latin American Reality*, The Alan Guttmacher Institute, New York, 1994, p. 23.

⁹⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Muertes anunciadas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Temis, Bogotá, 1993, pp. 15-16.

⁹⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, “La mujer y el poder punitivo”, en CLADEM, *Vigiladas y castigadas*, *op. cit.*, p. 19.

⁹⁷ J. Barzelatto y A. Faúndes, *El drama del aborto. En busca de un consenso*, *op. cit.*, p. 71.

⁹⁸ Algunos argumentos utilitaristas frente al costo asociado a la penalización del aborto son desarrollados por Mary Ann Warren, en “El aborto, aplicaciones”, en Peter Singer, ed., *Compendio de ética*, Margarita Vigil, trad., Alianza Editorial, Madrid, 1995; Peter Singer, *Practical Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 143-144. Los costos asociados al aborto fueron estimados en un estudio preliminar en Chile en 14 millones de dólares anuales,

A. PRIMER PROBLEMA: EL DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD
Y EL MANDATO DE REPORTAR

La penalización efectiva, en los pocos casos en los que ocurre,⁹⁹ recae por regla general en las mujeres de los sectores económicamente más vulnerables.¹⁰⁰ En la mayoría de los casos, la persecución penal resulta del reporte de la *noticia criminis* de los establecimientos de salud en los que las mujeres son atendidas por las complicaciones postaborto.

El ejercicio de la medicina y de las profesiones afines requiere que se establezca una relación de confianza entre la paciente y el profesional. El oficio obliga a los prestadores de salud a desplegar una serie de acciones conducentes a la recuperación y a la preservación de la salud; es muy importante, por esto, que la persona que solicita los servicios se encuentre con un ambiente propicio y pueda así dar información completa sobre lo que la aqueja. La actuación en salud está guiada por los cuatro principios de la bioética: el de beneficencia, no maleficencia, autonomía o respeto por los pacientes y la justicia.¹⁰¹ La confidencialidad médica responde a la observancia de los principios de beneficencia y no maleficencia de la bioética. El principio de beneficencia obliga a que el profesional de la salud procure el mayor bienestar para su paciente, y el de no maleficencia obliga a que las acciones de salud no produzcan daños.

lo que equivalía en 1995 a la manutención de un hospital de 38 camas. Pablo Lavín y Col., “Informe preliminar sobre la caracterización de los casos y costos del tratamiento del aborto hospitalizado en Santiago de Chile”, ponencia presentada en el Encuentro de Investigadores sobre Aborto Inducido en América Latina y El Caribe, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

⁹⁹ Las cifras de mujeres que habrían ingresado al sistema penal son ínfimas. Así, por ejemplo, la Policía Técnica de Cochabamba en Bolivia informó que en 1997 sólo se registró un caso de aborto; en el Uruguay, las estadísticas judiciales de 1996 y 1997 reportaron tres y cuatro casos respectivamente. Ver CLADEM, *Silencios públicos, muertes privadas. La regulación jurídica del aborto en América Latina y el Caribe*, CLADEM, Lima, 1999. El equipo forense en el Estado de Guanajuato señaló haber atendido entre agosto y diciembre del 2005 diez casos de mujeres acusadas. Ver Human Rights Watch, *Víctimas por partida doble. Obstrucciones al aborto legal por violación en México*, op. cit., p. 36.

¹⁰⁰ Lidia Casas, *Mujeres procesadas por aborto*, Foro Abierto de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos y Center for Reproductive Law and Policy, Santiago, 1996; Foro Abierto de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos y Center for Reproductive Law and Policy, *Encarceladas. Leyes contra el aborto en Chile. Un análisis desde los derechos humanos*, Center for Reproductive Law and Policy, Toronto, 1998; Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas (CRLP), *Perseguidas. Proceso político y legislación sobre aborto en El Salvador: un análisis de derechos humanos*, CRLP, Nueva York, 2000.

¹⁰¹ R. Cook, B. Dickens y M. Fathalla, *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho*, op. cit., pp. 64-69.

Uno de los problemas jurídicos que plantea el tratamiento del aborto incompleto es la contraposición de dos mandatos: la obligación de guardar secreto profesional —su incumplimiento puede ser sancionado penalmente—¹⁰² y la obligación de denunciar a la mujer que ha concurrido al hospital con signos de aborto provocado. La Ley General de Salud del Perú, por ejemplo, descansa sobre los pilares de respeto por el derecho de las personas a decidir sobre el número de hijos que desean tener, pero a su vez exime a los médicos de la reserva de confidencialidad cuando la Policía o el Ministerio Público los requiera, y en ese caso deben denunciar cualquier situación con indicios de aborto provocado.¹⁰³ En la legislación de México,¹⁰⁴ Chile,¹⁰⁵ Costa Rica¹⁰⁶ y Argentina hay disposiciones similares.¹⁰⁷

En algunos casos, además, la legislación procesal prevé que aquellas personas que por su estado, profesión o función legal —como el médico— tengan

¹⁰² La violación del secreto profesional está contemplada en el artículo 247 del Código penal de Chile, en el artículo 156 del Código penal de Argentina, en el artículo 302 del Código penal del Uruguay, en los artículos 210 y 211 del Código penal federal de México, en el artículo 187 del Código penal de El Salvador, en el artículo 302 del Código penal de Bolivia y en el artículo 203 del Código penal de Costa Rica, entre otros.

¹⁰³ CLADEM y CRLP, *Silencios y complicidades. Violencia contra las mujeres en los servicios públicos de salud en el Perú*, Lima, 1998, p. 37. Así, el Código procesal penal (decreto legislativo 957), que promulgó el nuevo Código, dispone en el artículo 326 1) que están obligados a denunciar: “a) quienes están por expreso mandato de la ley. En especial los profesionales de la salud por los delitos que conocieran en el desempeño de su actividad [...]”. Por su parte, el artículo 327 establece: “No obligados a denunciar 2. Tampoco existe obligación de denunciar cuando el conocimiento de los hechos está amparado por el secreto profesional”.

¹⁰⁴ Así, el Código procesal penal del estado de Baja California establece en su artículo 262: “Toda persona o servidor público que tenga conocimiento de la comisión de hechos posiblemente delictuosos que deba perseguirse de oficio, está obligado a denunciarlos al Ministerio Público, transmitiéndole los datos y pruebas que tenga y en caso de urgencia, ante cualquier agente de la policía”.

¹⁰⁵ El Código procesal penal de Chile, en su artículo 175, dispone que es obligatoria la denuncia de “d) Los jefes de establecimientos hospitalarios o de las clínicas particulares y, en general, los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia, y de otras ramas relacionadas con la conservación o el restablecimiento de la salud, y los que ejercieren prestaciones auxiliares de ellas, que notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otros delitos”.

¹⁰⁶ El Código procesal penal de Costa Rica, que entró en vigencia el 1° de enero de 1998, establece en su artículo 281: “Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: a) los funcionarios públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. b) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas del arte de curar, que conozcan esos hechos al prestar auxilio de su profesión, salvo que el conocimiento adquiridos por ellos esté protegido por la ley bajo el amparo del secreto profesional”.

¹⁰⁷ El artículo 177 del Código procesal penal de la Nación dispone la obligación de los funcionarios públicos y de los profesionales del arte de curar de denunciar. Disposiciones similares prevén los códigos de las provincias de Argentina.

el deber de guardar el secreto que se les ha confiado, se puedan abstener de declarar, pero sólo en lo que concierne a ese secreto.¹⁰⁸

La doctrina ha entendido que el secreto es un deber profesional que pesa sobre ciertas personas en atención a su profesión u oficio. Incluye a médicos, abogados, notarios o sacerdotes, y consiste en no revelar a terceros los hechos de los que tienen noticia en el ejercicio de su profesión u oficio.¹⁰⁹ La información protegida es la que la persona afectada quiere salvaguardar, y al profesional le permite desempeñar adecuadamente su función, evitando su discrecionalidad en la apreciación del alcance del secreto. Éste sería absoluto si no puede ser divulgado bajo ninguna circunstancia, y relativo si alguna situación o la existencia de una disposición legal justifica o legitima la revelación.¹¹⁰

La Corte Interamericana, en el caso *De la Cruz Flores contra El Perú*,¹¹¹ declaró que el principio de legalidad se viola al incriminar a un profesional de la salud por haber prestado asistencia médica y no haber denunciado los posibles actos delictivos en que hubieran estado involucrados los pacientes atendidos.¹¹² La Corte consideró “que los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos”, y que la violación al artículo 9 de la Convención se produce, entre otros casos, por imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión.¹¹³ La Corte reafirmó la observación del Comité de Derechos Humanos sobre la materia, que establece que los Estados incurren en responsabilidad internacional al violar el secreto profesional incriminando a una persona, y recomendó la modificación de la legislación a fin de proteger la confidencialidad de la información médica.¹¹⁴

En su voto razonado sobre la obligación de reserva del acto médico, el juez Sergio García Ramírez advierte que su protección no significa la no investigación

¹⁰⁸ Esta excusa, frente a la deposición de hechos conocidos por un testigo, está contemplada, por ejemplo, en el artículo 303 del Código procesal penal de Chile.

¹⁰⁹ Basile García Maañón, *Aborto e infanticidio*, Editorial Universidad Buenos Aires, Buenos Aires, 1990, p. 162.

¹¹⁰ Hernán Silva Silva, *Medicina legal y psiquiatría forense*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 615.

¹¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *De la Cruz Flores v. Perú*, sentencia del 18 de noviembre de 2004.

¹¹² Considerando 103.

¹¹³ Considerando 102.

¹¹⁴ La Corte hizo referencia a las observaciones hechas a Chile en relación con las mujeres abortantes y la denuncia de las mujeres que llegan a los hospitales. U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999).

o persecución de situaciones delictivas. Corresponde al fiscal y al investigador cumplir su función, pero no se pueden valer de la relación médico-paciente para lograr su fin: convertir al profesional en auxiliar del fiscal no sólo generaría una crisis de roles profesionales y sociales, sino la incorporación tácita de médicos, defensores y sacerdotes a las filas de la policía.

Si se protege la comunicación confidencial entre el abogado y el inculpado, que está al abrigo de interferencias y se concede que el sacerdote no está obligado a violar el secreto de confesión —que constituye inclusive, un rasgo esencial de esta comunicación específica, que los creyentes consideran sacramental— la misma consideración, por lo menos, se debe poner en la relación entre el médico y el enfermo.¹¹⁵

Human Rights Watch Procesamientos por abortos ilegales

*Sí, por supuesto que se implementan [las sanciones penales por aborto ilegal].
... Si alguien va a la cárcel, es la mujer.*

Subprocuradora, San Luis Potosí¹¹⁶

Los funcionarios de la mayoría de los Estados señalaron a Human Rights Watch que no conservan información específica sobre el número de mujeres que se encuentran en prisión por el delito de aborto. Es probable que sólo una pequeña porción de las cientos de miles de niñas y mujeres que se someten a abortos clandestinos en México cada año termine en prisión. Sin embargo, el procesamiento de niñas y mujeres que han tenido abortos ilegales no resulta desconocido. “De agosto a diciembre de 2005 llevamos diez casos de mujeres [acusadas] por aborto ilegal”, señaló Carmen Hernández Rosas, directora del equipo médico forense de Guadalajara, Jalisco. En absoluto contraste con la actitud de desprecio y las demoras que las víctimas de violencia doméstica y sexual experimentan cuando intentan conseguir un resarcimiento por los delitos que han padecido, la justicia aparenta funcionar relativamente rápido cuando el Estado decide iniciar una acción judicial por aborto ilegal. En Guanajuato, un funcionario público que habló bajo condición de anonimato, señaló:

Hay cinco mujeres encarceladas [ahora] por aborto [en Guanajuato] [...] [En un caso] una mujer [...] llega con una superhemorragia al hospital, y lo primero que hace el médico es denunciarla [ante las autoridades]. [...] La detienen rápidamente,

¹¹⁵ Considerando 9 del voto razonado.

¹¹⁶ Human Rights Watch, *Víctimas por partida doble. Obstrucciones al aborto legal por violación en México, op. cit.* Las referencias del relato han sido omitidas.

después la meten en la cárcel durante una semana [antes de sentenciarla]. ¿Por qué cuando hay violación todo es negativo, [y] no hacen nada? [...] Y en estos casos [de aborto ilegal] todo es rapidísimo.

El Procurador General de Justicia de Guanajuato negó que alguna mujer haya sido sentenciada por aborto en los últimos cinco años en ese estado o que se encuentren actualmente en prisión por ese delito.

“Ana Díaz”, una mujer de veintinueve años de edad del estado de Yucatán, experimentó en carne propia la prioridad que las autoridades dan a las investigaciones de presuntos abortos ilegales en comparación con la que le otorgan a las denuncias de violencia doméstica. Cuando intentó sentar una denuncia en contra de su ahora ex marido por violencia doméstica, el agente del Ministerio Público le informó que no había suficientes pruebas, a pesar de que “traía todo morado, golpeado”. El agente del Ministerio Público tomó su declaración una vez y, según Díaz, no hizo nada. En contraste, un año más tarde, cuando concurrió a un hospital público con una hemorragia, los agentes del Ministerio Público sospecharon de un aborto ilegal, y aparentemente no escatimaron esfuerzos para corroborar su delito:

A las 7:30 [los médicos] me hicieron el legrado [para limpiarme]. [...] Y de allí empezó todo, lo más difícil. [...] Por la anestesia estaba medio dormida. [...] Veo a una persona, me dice “¿le puedo hacer una pregunta?” le dije [que] sí. [Le dije que] no sabía que estaba embarazada. [...] De hecho fui cuatro veces a la seguridad social y allí me dijeron que era mi colon [que me dolía]. [...] [Los agentes del Ministerio Público] tomaron mi declaración, una vez. [...] Luego dos personas más, que era la química del MP [Ministerio Público] y otra persona del MP, y otra vez a dar toda la explicación de nuevo. [...] Como a las dos, tres horas, de nuevo. Creo que llegaron cuatro o cinco veces. A las 6:30 de la mañana, todavía allí. [...] Me dieron de alta a las diez, y todavía había que ir al MP para ver dónde estaban [los restos fetales]. [...] Allí me tocó la entrevista con no sé quién. [...] Me dijo que no podía salir de allí por si acaso necesitaba otra declaración. [...] Dije que [quería] estar con mi familia. Desde las diez de la mañana hasta las seis de la tarde salimos. [...] Dice mi hermana que cuando fueron a revisar el baño, a medirlo, a revisar la basura, sacaron agua de la coladora para ver si hubo restos de sangre. [...] ¡Mira la diferencia [con respecto a cuando declaré en contra de mi marido por violencia doméstica]!

En total, Díaz fue cuestionada por más de quince horas, aunque finalmente no fue acusada de delito alguno¹¹⁷

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 37.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional
Buenos Aires, Argentina
Natividad Frías

Problema jurídico

¿Se puede procesar a una mujer por el delito de aborto cuando las autoridades tuvieron conocimiento de éste mediante su autoincriminación? ¿Debe el médico tratante denunciar los hechos si se enteró de ellos por la confesión de la mujer tratada?

Hechos

Una mujer se practicó un aborto, sufrió las complicaciones y acudió a un hospital público en busca de asistencia médica. El personal hospitalario la denuncia ante las autoridades. Tras ser condenada en primera instancia, su defensa solicita la nulidad del proceso criminal con el argumento de que el sumario se había iniciado por la autoincriminación de la mujer al revelar su condición de post-abortante.

Decisión

La Cámara establece que la denuncia producida viola las normas que prohíben la autoincriminación, y que en consecuencia no puede servir de base a proceso alguno contra la denunciada.

Extractos

La reserva del art[ículo] 277, inc[iso] 6° del Código penal, pareciera destinada, en lo que respecta a los del arte de curar, a una cierta categoría de profesión o empleo concomitante con el desempeño de la función pública, pero ya veremos que esta odiosa distinción no es legítima y que ese deber es simplemente el impuesto por el ya mencionado art[ículo] 165 para esta clase de personas.

Y sobre el art[ículo] 156 del Código penal que conmina la revelación “de un secreto cuya divulgación puede causar daño” cuando no medie “justa causa”, habré de decir, como tantas otras veces, que esta causa es exclusivamente legal. Es decir, que solamente una ley puede eximir de guardar el secreto debido, convirtiendo en obligación su quebranto.

En ningún caso el simple interés público puede llegar a ser la causa justa, porque ese interés jugaría siempre dando al traste con todos los secretos. Nada justificaría la reserva del sacerdote o la del abogado o la de cualquier otro profesional y no la de los versados en el arte de curar, puesto que la confesión o el conocimiento que éstos obtienen están generalmente condicionados por un mayor y más urgente apremio.

El art[ículo] 18 de la Constitución Nacional dice que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, y una forma larvada, cruel e innoble de conculcar el

precepto es utilizar el ansia vital de la abortada para la denuncia de su delito, delito éste conocido o por una confesión que le ha sido prácticamente arrancada, o por un estado de desvalimiento físico y espiritual no aprovechable para esos fines, como no lo es tampoco el empleo de drogas, por ejemplo.

“Justa causa” es la del médico cuando atiende ciertas enfermedades contagiosas, pero las razones habidas por el legislador son otras. Debe considerarse que el primer beneficiario es el enfermo mismo, porque se supone que en un lazareto ha de recibir mejor atención que con tratamiento ambulatorio; el segundo beneficiado son sus familiares expuestos al contagio por la convivencia, y el tercero, la sociedad que en este caso se confunde con el ajetreado interés público.

Es increíble que las gentes, en general, y los funcionarios y magistrados judiciales, en particular, piensen que los legisladores no pueden expresar con claridad sus pensamientos. Si quisieran que los médicos y sus acólitos o ayudantes denuncien en todos los casos a los delinquentes que asistan cualquiera sea la forma en que conozcan el origen de su mal, ¿por qué no establecerlo sin ambages?

[...]

El ejercicio de un cargo oficial no releva de cumplir con el deber de guardar secreto. A este efecto me parece suficiente remitirme a la resolución de la causa de cámara publicada en Rev. la ley, t. 115, p. 711., donde hice mayoría con los doctores Rassó y Millán.

En anteriores votos también he dicho hasta el cansancio que no puede instruirse un sumario sobre una denuncia delictuosa porque el ordenamiento legal es hermético y no consiente su propia violación.

Además, el interés público no podría justificar este inhumano dilema: o la muerte o la cárcel.

[...]

Hay cierto pensamiento jurídico vernáculo que prescinde de la manera como llega a la autoridad el conocimiento de un delito porque no existen en el código procesal formas sacramentales para la iniciación de un sumario. Conocido un delito de acción pública, ésta se encuentra en condiciones de ser ejercida.

[...]

En contra de esta manera de considerar el problema he pensado siempre que cuando la ley no quiere la comisión de un hecho y lo conmina, tampoco quiere otras consecuencias que no sean la pena, la indemnización de los daños producidos, etc[étera]. Si no obstante la admonición legal, esas otras consecuencias sobrevienen, la ley resulta doblemente violada: la primera vez por el médico infidente; la segunda, por quienes enterados de lo que la ley no quiere, la aplican en contra de la víctima de esa infidencia. Esta segunda violación determina la insanable nulidad de lo actuado.

[...]

Es necesario, ante todo, entender claramente cuál es el secreto y cuáles esas revelaciones. No podemos admitir, de manera alguna, que la ley exija que la reserva haya sido solicitada en forma expresa. El enfermo que busca los auxilios de un médico piensa que lo hace con la seguridad de que sus males no serán dados a conocer, porque el secreto más estricto los ampara. Es algo sobreentendido que no es necesario renovar en cada visita o asistencia. Pensar otra cosa sería como admitir que los fieles que se acercan al confesionario, en busca de alivio a su conciencia y de perdón a sus pecados, tendrían que requerir esa misma reserva al confesor. Ello sería sencillamente absurdo, puesto que, como lo destaca el doctor Sebastián Soler, el secreto es el mismo, sea o no comunicado o advertido.

Para el autor citado, la regla en estos casos es la reserva, que se impone siempre, incluso en los casos del art[ículo] 165, porque para que se esté obligado a denunciar es necesario que no se trate justamente de un secreto. Contra lo que comúnmente se supone, no existe para el médico lo que el mismo Soler llama “zona de facultad”; en los casos del art[ículo] 165 debe denunciar siempre que no haya secreto o callar si lo hay (autor cit., *Derecho penal*, t. IV, p. 132).

La aparente oposición entre ambas disposiciones legales debe interpretarse en el sentido de que quien recurre a un médico por una afección autoprovocada, aun delictuosa como el aborto, goza de la seguridad de que su secreto no será hecho público; en cambio, no ocurre lo mismo cuando el atentado lo ha producido un extraño, desde que esa acción es extraña a la relación existente entre el médico y el enfermo, que es la amparada por la ley. En estos casos el facultativo debe denunciar el hecho delictuoso ejecutado por terceros, salvo en casos como los de los delitos contra la honestidad, en que la viabilidad de la acción depende de la instancia privada, para cubrir los riesgos del “*strepitus fori*”.

Es verdad que podría hacerse la distinción entre los médicos que ejercen su profesión en forma privada y los que lo hacen con el carácter de empleados o funcionarios públicos, cuya conducta frente al conocimiento del hecho delictuoso podría estar reglada por el art[ículo] 164 del Código de procedimiento y a los cuales no se referiría el art[ículo] 167 del mismo código.

El planteo es, a mi juicio, más aparente que real, desde que la ley, en el primero de los textos citados, no pareciera haber incluido al médico, incluyéndolos, en cambio, de manera específica en el art[ículo] 165. En esta dualidad funcional —médico y funcionario— predominan necesariamente factores de índole profesional que se originan en normas morales y jurídicas que rigen el ejercicio de la medicina, como profesión, en la que está interesado el orden público.

Por otra parte, una solución contraria nos llevaría al absurdo de admitir que un mismo médico estaría o no obligado por el secreto profesional, según actuara en su consultorio particular o en la sala, gabinete o dispensario público. De hecho nos encontraríamos frente al irritante distingo entre el enfermo que cuenta con medios

para su asistencia privada y el que, por no contar con ellos, necesita concurrir a un hospital oficial. Para unos no podría admitirse la denuncia, para los otros tal denuncia sería obligatoria y de esa manera el art[ículo] 16 de la Constitución Nacional sería letra muerta y la igualdad ante la ley un precepto caduco. El simple planteo de esta discriminación nos demuestra la enormidad del absurdo en ella contenido.

Debo también agregar que si los médicos y demás profesionales en el arte de curar, no pueden ser admitidos como testigos, de acuerdo con el inciso 5° del art[ículo] 275 del Código de procedimiento, para deponer sobre hechos que por razón de su profesión les han sido revelados —y aquí no se hacen distinciones de ninguna especie—, lógico es pensar que tampoco puedan denunciar esos mismos hechos, desde que en ambos casos la “*ratio legis*” es la misma.

Asimismo, el problema ofrece a su vez un aspecto, que, desde el punto de vista de nuestro orden jurídico, asume primordial importancia. Si una mujer busca el auxilio médico porque se siente herida en su organismo, a veces con verdadero peligro de muerte, lo hace desesperada, acosada por la necesidad, forzada a ello contra su propia voluntad. Su presencia ante el profesional en el arte de curar, para tratar un aborto que, si bien provocó ahora no puede controlar en sus últimas consecuencias, implica mostrar su cuerpo, descubrirle en su más íntimo secreto, confesar su delito, porque su actitud resulta una confesión al fin. Entonces es cuando cabe preguntarse si alguien tiene el derecho de burlarla, haciendo pública su conducta, violando, con su secreto, otra vez una garantía constitucional, que enunciada en el art[ículo] 18 de nuestra Ley Suprema, establece de manera indubitable que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, y no podría negarse que en tales casos, la obligación es urgida por el derecho a vivir.

Por último, tampoco encuentro colisión entre la obligación de los médicos, parteras, enfermeras, etc[étera,] de mantener el secreto profesional en estos casos, con lo dispuesto por el art[ículo] 277, inciso 6°, que sanciona por el delito de encubrimiento a los que dejaran de comunicar a la autoridad las noticias que tuvieren acerca de la comisión de un delito, cuando estuvieren obligados a hacerlo por su profesión o empleo. Las razones de que he hecho mérito anteriormente, demuestran, a mi entender, que aquellos profesionales no sólo no están obligados a denunciar los casos de aborto provocado por la propia paciente, sino que la denuncia invade la órbita de lo ilícito. Tal conclusión me exime de otros argumentos.

Si la denuncia a que he venido refiriéndome no ha podido formularse, por contrariar disposiciones legales de indudable aplicabilidad y normas de conducta que constituyen el fundamento moral de una profesión que, como la medicina, tan íntimamente está ligada al orden social del país, dicha denuncia no puede servir de base a proceso alguno contra la denunciada.

[El voto de minoría en esta sentencia postuló que de haber tal conflicto, debía estarse en favor de la protección de la vida humana. Sobre la posibilidad de declarar contra sí misma, el voto de minoría señaló:]

[...]

No se hable de la causa legal de justificación del art[ículo] 34, inciso 3° del Código penal, en el caso de la mujer que debe optar entre procurarse asistencia médica o correr un riesgo para su salud o para su vida, porque el estado de necesidad juega únicamente en los supuestos en que el causante del mal haya sido extraño al mismo y la mujer que causa su aborto o consiente en el que le provoca otro no es extraña al resultado de expulsión o muerte violenta del feto.

[...]

El secreto profesional del sacerdote y el del abogado son muy distintos a los del médico oficial. El sacerdote no es funcionario público y, cuando lo es, el pecador no acude a él en tal carácter sino exclusivamente en el de sacerdote. El abogado cumple con la misión constitucional de la defensa jurídica (art[ículo] 18, Constitución Nacional).

Bueno sería que el encargado de asistencia legal saliera a revelar lo que supo a raíz de su elevado ministerio, porque prestaría a la contraparte, particular o acción pública, elementos que hacen o pueden hacer a la defensa individual.

De otra parte, nadie condena a la cárcel o al suicidio a la abortante, porque todo es cuestión de que no revele, ella, su asentimiento a las maniobras abortivas o individualice al que se las produjo. Y con esto se acaba la espinosa cuestión. Ni ante el profesional del arte de curar, ni ante el juez, ni ante nadie, está obligada a declarar contra sí misma. Pero si lo hace, deberá atenerse a las consecuencias de cualquier confesión judicial o extrajudicial.

Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, Argentina

Mirta Insaurrealde —aborto provocado—

Recurso de inconstitucionalidad

12 de agosto de 1998

Problema jurídico

¿Se puede procesar a una mujer por el delito de aborto cuando las autoridades tuvieron conocimiento de éste por su autoincriminación, y ésa es la única evidencia que se tiene en su contra? ¿El secreto profesional tiene un alcance distinto dependiendo de la calidad de funcionario público que conoce la noticia *criminis*?

Hechos

Una mujer ingresa con síntomas de aborto provocado al Hospital Centenario de la ciudad de Rosario, Argentina. La doctora tratante informa a las autoridades policiales sobre las maniobras abortivas, y la mujer es procesada por el delito de aborto. Su defensa alega la suspensión del juicio, petición que es rechazada por el juez de primera instancia. En apelación, la Segunda Sala de la Cámara de Apelación en

lo Penal revoca la decisión y declara nulo lo actuado respecto de la imputada. El Ministerio Público interpone un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.

Decisión

La Corte declara procedente el recurso interpuesto y anula la sentencia impugnada.

Extractos

En su presentación [el Fiscal de Cámara] aseveró que la sentencia es arbitraria, pues sitúa a la imputada como una “cuasi víctima” de un delito (el de divulgación de secreto, artículo 156 del Código penal), y considera de manera apenas referencial a la verdadera víctima de los hechos investigados, esto es, al niño abortado.

Tras señalar que el secreto profesional no rige cuando el facultativo toma conocimiento del hecho a través de la víctima —la cual, en el caso del aborto, es el propio ser humano en gestación— sostuvo que cuando se contraponen el aborto y la violación del secreto —cuyos bienes jurídicos protegidos son la vida y la libertad, respectivamente—, debe preferirse la vida, que es el derecho humano más fundamental.

Adujo que, no habiendo diferencia entre el niño por nacer y el no nacido, la aceptación de la prohibición de denunciar que recae sobre el médico en casos como el juzgado obliga a admitir también que hay un deber de abstenerse de tal denuncia cuando aquél es llamado para asistir a un niño cuya madre le fracturó el cráneo, “con lo que todos los delitos contra las personas encontrarían su encubridor obligatorio en los profesionales del arte de curar y su seguro asilo en los hospitales”.

Consideró que tampoco es válido colocar a la abortante ante el dilema “muerte o cárcel”, pues en el caso lo que se rotula de cárcel no ha excedido de un breve paso por la seccional, mientras que los hijos de las beneficiarias de la impunidad perdieron sus vidas.

[...]

Destacó que el delito de aborto es de acción pública, y que, en consecuencia, debe instruirse sumario cualquiera sea el conducto por el que la noticia llegó a conocimiento de la autoridad judicial o policial, y concluyó aludiendo a la gravedad institucional derivada del fallo, a partir de la repercusión que tiene el tema del aborto y del impacto que generaría la vigencia del criterio sentado por la Sala, que originaría conflictos en los sectores de la medicina y daría pábulo a las criminales prácticas abortistas [...].

[El juez Vigo señala que de aceptarse la doctrina del Plenario de Natividad Frías, los resultados serían dejar sin efecto la criminalización del aborto, siendo éste un delito de acción pública. Este planteamiento fue compartido por los otros Ministros:]

1. En el *sub lite*, la Alzada declaró la nulidad de todo lo actuado respecto de Mirta Insaurralde, por entender que la persecución penal no había sido válidamente ejercitada, toda vez que se había iniciado a partir de un anoticiamiento ilícito, efectuado por una profesional del arte de curar en violación del secreto debido.

En sustento de esa conclusión, invocó —entre otros fundamentos— la doctrina del plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional in re “Natividad Frías”, del día 26 de agosto de 1966 —en cuya oportunidad se estableció, en lo que es de interés, que “no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto [...] sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo, oficial o no [...]”—, agregando que “en el actual estado de la cuestión resulta inaceptable diferenciar la situación del médico consultado en su clínica privada de aquel que desempeña sus tareas en un hospital público” y que

[...] la tesis opuesta conduce a la irrazonable discriminación entre aquellos pacientes con medios económicos suficientes para acudir a la atención médica particular, de quienes padecen la indigencia y estarían sometidos a escoger entre su vida —necesitada del auxilio sanitario— o su procesamiento y condena por el delito que afectara su salud.

2. Habiéndose planteado el recurso de inconstitucionalidad por parte del Ministerio Público Fiscal, y admitido el mismo por vía de queja, se le impone a esta Corte el deber de resolver la cuestión planteada en autos, tarea que como lo expusiera el juez Blackmun en su voto en la causa “Roe vs. Wade” [...] encaramos admitiendo “la naturaleza emocional y sensible de la controversia sobre el aborto, la fuerte oposición entre puntos de vista diferentes, las profundas y absolutas convicciones que el tema inspira”, y la influencia que —acerca de lo que se piensa sobre el aborto— ejercen “la filosofía de cada uno, así como sus experiencias, su ubicación respecto de los flancos más básicos de la existencia humana, sus prácticas religiosas, sus actitudes respecto a la vida, la familia y sus valores y las pautas morales que establece y procura cumplir”, todo lo cual no obsta a que nuestro objetivo sea, “por supuesto, resolver el tema conforme a las pautas constitucionales, libres de emociones y preferencias, [...] honestamente”.

El análisis de la cuestión planteada en la presente causa pone plenamente en juego para este Tribunal lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó [...] en cuanto a la necesidad de optar por una interpretación que “no se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos”, sino que “contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales, y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos”, en un

caso que compromete de manera directa a este Cuerpo en su específica misión de “velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales”, y lo obliga por ello a ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias, a fin de evitar la admisión de soluciones normativas que conduzcan a vulnerar derechos fundamentales de la persona. Ahora bien: el profundo estudio de la causa [...] me convence de que, no obstante los argumentos vertidos por el *a quo*, el recurso interpuesto debe prosperar, por cuanto el Tribunal anterior en grado, partiendo de una inadmisble interpretación de normas de derecho común y procesal aplicables al caso, ha arribado a una solución que, “en razón de ser contraria a los principios superiores del orden jurídico” [...], no puede aceptarse como derivación razonada del derecho vigente, lo cual determina —a su vez— que la sentencia impugnada no reúna las condiciones mínimas necesarias para satisfacer el derecho a la jurisdicción que acuerda la Constitución de la Provincia (artículo 1, inciso 3, de la ley 7055; artículo 95 de la Carta Magna provincial), pues, precisamente, y según lo ha sostenido en reiteradas oportunidades esta Corte, “condiciones mínimas necesarias para satisfacer el derecho a la jurisdicción son las que concretan, en la sentencia, la exigencia de que ésta sea el resultado de la aplicación razonada del derecho vigente a los hechos de la causa” [...].

3. Debe tenerse presente, ante todo, que —como lo ha destacado el Alto Tribunal de la Nación— los jueces, al interpretar las leyes, deben hacerlo en armonía con la totalidad del ordenamiento jurídico, “de la manera más concorde con los preceptos de la Constitución Nacional” [...].

En la sentencia impugnada, y no obstante tales reglas, el *a quo* se ha limitado a plantear la solución del caso en los términos de un conflicto entre los artículos 156 del Código penal y 180, inciso 2, del Código procesal penal, soslayando la norma del inciso 1 de este último precepto, olvidando que, según resulta de una elemental correlación entre normas penales sustanciales y procedimentales, la regla específica y preponderante en materia de secreto profesional es la consagrada en la ley de fondo —artículo 156, citado— (a la que se subordina el artículo 180 del C.Pr. Penal, en una relación que permite afirmar que cuando esta norma —en su inciso 2 *in fine*— habla de “secreto profesional”, lo hace con el alcance que le confiere al mismo la tutela del Código penal) y prescindiendo de la debida consideración de los principios constitucionales comprometidos, todo lo cual concurre a la descalificación de la sentencia, por carecer ésta de la debida justificación, y porque la solución que consagra no se compadece con la “preocupación por la justicia de la decisión, propia del ejercicio de la función judicial” [...].

4. En efecto, y en un primer orden de consideraciones, debe destacarse que los jueces han omitido ponderar una circunstancia que aparece como decisiva para la suerte de la causa, cual es la referida a que la comunicación del delito que originó la persecución penal fue realizada por una funcionaria o empleada de un hospital pú-

blico, es decir, por una de las personas obligadas por la ley a notificar a la autoridad competente de los delitos de acción pública que llegaren a su conocimiento, como lo establece el artículo 180, inciso 1, del Código procesal penal (“Tendrán deber de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1) los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones”).

Tal precepto —a cuya solución concurren diversas normas rectoras del ejercicio profesional de la medicina, como la ley 17132 (que, para el ámbito de la Capital Federal, ha dispuesto en su artículo 11 que “todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer— salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal— [...]”), el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina (en su artículo 70) o el propio Código de Ética de los Profesionales del Arte de Curar y sus Ramas Auxiliares de la Provincia de Santa Fe [...], cuyo artículo 80 establece que “el profesional sin faltar a su deber denunciará los delitos de que tenga conocimiento en el ejercicio de su profesión, de acuerdo a lo dispuesto por el Código penal [...]”, resulta de insoslayable operatividad en el caso, por lo que, respecto del fallo cuestionado, devienen aplicables las consideraciones vertidas por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Zambrana Daza, Norma Beatriz” [...], del 12 de agosto de 1997, cuando sostuviera que

[...] la aseveración del tribunal anterior en grado referente a que la función pública desempeñada por la médica de un hospital público no la relevaba de la obligación de conservar el secreto profesional constituye, a juicio de esta Corte, un tratamiento irrazonable de la controversia de acuerdo con las disposiciones legales aplicables, puesto que al tratarse de delitos de acción pública debe instruirse sumario en todos los casos, no hallándose prevista excepción alguna al deber de denunciar del funcionario, dado que la excepción a la mencionada obligación —prevista en el art[ículo] 167 (análogo, en el orden provincial, al artículo 180, inciso 2, in fine, del Código procesal penal)— no es extensiva a la autoridad o empleados públicos. A ello corresponde agregar que el legislador ha tipificado como delito de acción pública la conducta del que “omitire denunciar el hecho estando obligado a hacerlo” [...].

El juego armónico del citado precepto del código de rito con los artículos 277, inciso 1, y 156 del Código penal autoriza a sostener la validez y legitimidad de la conducta de la profesional, pues, precisamente, “el deber de denunciar —explícitamente impuesto por la ley— torna lícita la revelación” (del voto del doctor Boggiano, en la causa “Zambrana Daza”, cit., cons. 13), en concordancia con el artículo 34 del mismo Código penal —que justifica las conductas realizadas en “cumplimiento del deber”—, todo lo cual me lleva a sostener que el otro conflicto presente en autos

—y planteado “entre dos intereses fundamentales de la sociedad, como lo son el de una rápida y eficiente ejecución de la ley, y el de prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de aplicación de la ley” [...] (cfr. “Mónaco”, A. y S., T. 145, pág. 1, voto del señor ministro doctor Ulla, cons. 4)— debe ser también resuelto en sentido inverso a la tesis de la Alzada.

5. Por otra parte, no se trata de que la obligación de denunciar [...] tenga un “contenido residual respecto del tipo de injusto acuñado por el artículo 156 del Código penal”, como lo afirma la Alzada [...], sino de que —estrictamente— el “secreto profesional” mencionado en la norma adjetiva aparece definido por la ley sustancial. Como es sabido, el Código penal, entre los delitos de violación de secretos, castiga la conducta de quien “teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa” (artículo 156), norma ésta cuya aplicación —puede advertirse— requiere formular algunas determinaciones o especificaciones conceptuales, referidas a lo que debe entenderse por “daño” y por “justa causa”.

Al respecto, no se duda [de] que sólo puede haber “daño” cuando existe una injusta afectación de bienes jurídicamente amparables, y que, si no hay tal injusticia, no hay daño ni, por ende, conducta típica; en el caso, la sujeción a un proceso y la eventual aplicación de una pena, aunque no agraden a la encartada, no son sino la consecuencia de un obrar que —al menos *prima facie*— resulta contradictorio del sistema jurídico, y no pueden servir para justificar un juicio de reprobación de la conducta del denunciante ni —por consiguiente— para fundar la anulación del procedimiento. La amenaza de sanciones o penas es un recurso del derecho para orientar conductas bajo apercebimientos de padecer la privación de un bien (libertad, dinero, etc.), cuya justificación o razonabilidad descansa en el bien o en la justicia que aquélla satisface. Vista desde el interés del que incumple el deber jurídico y padece la consiguiente sanción del derecho, ésta aparece como algo no deseado, mas será el bien común, la deuda incumplida, la reinserción social, etc., lo que torna válido jurídicamente aquel “mal” sufrido por el responsable del obrar no ajustado a derecho.

Asimismo, y en cuanto a la “justa causa”, resulta innegable que la misma existe —entre otros supuestos— cuando media una obligación de denunciar, extremo que se verifica ante la presencia de un delito de acción pública —como lo es el previsto en el artículo 88 del Código penal (conforme al principio sentado en el artículo 71 del mismo digesto)—, por imperio de los ya citados artículos 277 y 180, inciso 1, de los códigos penal y procesal penal, respectivamente, y que resulta particularmente ineludible en supuestos como el presente, donde el bien protegido por el Derecho es la vida misma de la persona por nacer, carente de toda otra forma de tutela por parte del orden jurídico. “Va de suyo que en los casos de aborto provocado [...], la

madre no asume tal calidad (víctima), sino la criatura por nacer, que no era persona futura, y sí una realidad viviente” (voto del doctor Prats Cardona, en el plenario “Natividad Frías”);

[...] el peor enemigo de la paz es el aborto, porque es una verdadera guerra, un verdadero crimen, un verdadero crimen que la misma madre realiza [...]. Éste es el peor enemigo de la paz hoy en día. Si una madre puede matar a su propio hijo, qué nos queda a nosotros: bien pueden ustedes matarme [...] o yo matarlos, ya que nada nos une [...] (Madre Teresa de Calcuta, en ocasión de recibir el Premio Nobel de la Paz, en 1979).

Es a todas luces injusto que alguien pretenda ampararse en el deber de secreto profesional para de ese modo hacer cómplice al profesional de un comportamiento cuyo objeto es privarle la vida a un inocente. El derecho-deber al secreto profesional no funciona sin límites —tanto éticos como estrictamente jurídicos—. La teoría de los derechos humanos ha subrayado, amén de los límites internos, los límites externos establecidos en razón del derecho ajeno, la moral, el orden público y el bien común (cfr., Gregorio Peces Barba, *Derechos fundamentales. Teoría general*, Biblioteca Universitaria Guadiana, Madrid, 1973, pág. 140). La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en el artículo 29, inciso 1, la genérica directiva de que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad”, y en el inciso 2 precisa que la limitación será por ley y para “asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática”. La Convención Americana lo ratifica en su artículo 32: “1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

Obvio es que si ése es el marco que limita a los “derechos humanos”, con mayor razón él también operará para todos los derechos subjetivos. Consecuentemente no puede sorprender que se establezca en algunos casos el deber de denunciar aquello que ha sido confiado; precisamente, es la “justa causa” o las razones que justifican esa exigencia las que tornan a ese deber como ajustado al derecho y a la ética profesional (ver Raúl H. Viñas, *Ética y derecho de la abogacía y procuración*, Editorial Pannedille, p. 206).

En consecuencia, y teniendo en cuenta la pauta hermenéutica antes referida, resulta claro que la tesis del *a quo* no puede aceptarse, porque menoscaba sustancialmente la protección del derecho aquí comprometido, en contradicción con normas de rango supremo, consagrando una solución que “supone una desaprensión ética y legal particularmente reprobable, porque en la especie se encuentra en juego —na-

da más ni nada menos— que el derecho a la vida, preexistente a toda legislación positiva y que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución” (del voto del Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Fayt, en la causa “B.R.E. contra Policía Federal Argentina sobre amparo”, cit.), lo cual, a su vez, permite recordar que, como acertadamente enseñara Bidart Campos,

[...] cuando desincriminar implica autorizar conductas lesivas de derechos o bienes que la Constitución protege, entonces puede concurrir inconstitucionalidad. Por ejemplo, cuando al desincriminar el aborto se está facultando a abortar, pues en ese caso la supresión del delito de aborto funciona como norma permisiva de una conducta que faculta a matar. (“Notas de actualidad constitucional”, en E.D., T. 105, p. 1016).

[...]

“Toda pretensión de que se ha lesionado alguno de los derechos (consagrados en la Convención) implica, necesariamente, la de que también se ha infringido el art[ículo] 1, párrafo 1, de la Convención” (“Velásquez Rodríguez”, del 29 de julio de 1988, y “Godínez Cruz”, del 20 de enero de 1989) y que, como lo ha dicho nuestro Alto Tribunal nacional, “reviste gravedad institucional la posibilidad de que se origine la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales” (C.S.J.N., “Riopar S.R.L.”. —octubre 15, 1996—y “Monges” —diciembre 26, 1996—), no pueden escapar de la consideración de los jueces las cláusulas convencionales protectorias del derecho a la vida, presentes en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. I —“todo ser humano tiene derecho a la vida”— y VII —“toda mujer en estado de gravidez, [...] así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales”—), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3 —“todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”—), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la ley 23054 (art. 4.1 —“toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”—, precepto éste cuyo objeto “es la protección al derecho a la vida”, “principio sustancial que domina todo el asunto” —cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC 3/83, del 8 de septiembre de 1983, cons. 52 y 53), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (—“el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente” (art. 6.1), no se aplicará la pena de muerte “a las mujeres en estado de gravidez” (art. 6.5)—) y, específica y principalmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y aprobada por ley 23849, conforme a la cual los

Estados partes “reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” (art. 6.1), “garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (art. 6.2), “adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio” (art. 19.1) y “adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños” (art. 24.3), estableciéndose, además (en una definición que se proyecta sobre todo nuestro sistema de Derecho) que “niño” es “todo ser humano menor de dieciocho años de edad” (art. 1), precepto que “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad” (declaración contenida en el artículo 2 de la ley 23849”).

En otro proceso por aborto seguido en la provincia de La Plata, la Segunda Sala de la Cámara de Apelación del departamento de Lomas de Zamora revocó una sentencia absolutoria de primera instancia, y condenó a la mujer a un año en suspenso.¹¹⁸ La mujer había ingresado con dolor pelviano y metrorragia, y refirió haberse practicado maniobras con perejil y yuyos. En un recurso extraordinario de nulidad en contra de esa decisión, la defensa de la mujer invocó que la tramitación del proceso revelaba defectos esenciales y que no podrían ser convalidados, pues la investigación penal fue iniciada a partir de la “prueba involuntariamente producida al exhibir su propio cuerpo y referir maniobras abortivas al profesional de la salud en procura de auxilio médico”. La jueza del caso, que cita a Luis Nino,¹¹⁹ señaló que no era la denuncia la reprochable, sino las actuaciones procesales basadas en la declaración de la persona obligada por las circunstancias a autoinculparse. El haber cometido o no un delito no implica que

[...] quede desprovista de la protección que le otorga la Constitución. Al contrario, la garantía contra la autoincriminación presupone que aquél asumió voluntariamente la posibilidad de ser penado [...] a pesar de ello no está obligado a denunciarse. En otras palabras, el haber presumiblemente cometido un delito es, precisamente, lo que le da sentido a la garantía.

Por mayoría se anuló el procedimiento y se absolvió a la imputada.

¹¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, E., A.T.- aborto. Causa P. 86.052 Nulidad, 7 de junio de 2006.

¹¹⁹ Luis Nino, “El derecho a la asistencia médica y la garantía procesal que veda la autoincriminación forzada: un dilema soluble”, en *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 6.

Cámara Penal de Santa Fe, Argentina

R. B. D. sobre aborto

22 de diciembre de 2006

Problemas jurídicos

¿Los dichos de una mujer en un hospital pueden ser considerados como autoincriminatorios? ¿Estos dichos pueden llevar a declarar la nulidad del procedimiento penal por violación de las garantías constitucionales?

Hechos

Una mujer se practica un aborto y debe acudir a un hospital por las complicaciones que éste le trae. El médico tratante denuncia el hecho y se abre una investigación criminal en contra de la mujer. El Juez de Primera Instancia la absuelve, y el Fiscal de Cámaras interpone un recurso de apelación. El defensor de la mujer estima que dos razones mediaban para absolverla: la existencia de un mal grave e inminente, que la lleva a actuar en forma involuntaria, y la falta de una constancia médica que acreditara que en el momento del aborto el feto estaba con vida y podría morir como consecuencia de las maniobras que la mujer había llevado a cabo.

Decisión

La Cámara declara la nulidad de todo lo actuado y absuelve a la imputada por haberse configurado una transgresión del derecho a no declarar contra uno mismo y por no advertirse la existencia de otros cauces de investigación que hubieran permitido llevar adelante la investigación sin violentar ese principio.

Extractos

Ingresando al estudio del fondo de la cuestión, y previo al análisis de los agravios y su contestación expuestos por las partes, se advierte que estos actuados nacen con la denuncia efectuada por un médico, [...] quien, en ejercicio de su profesión, toma conocimiento del hecho y da cuenta del mismo a la autoridad prevencional [...]. Como consecuencia de ello, se inician las presentes actuaciones, en las que el sumario criminal seguido a [...] por el delito de aborto presuntamente autoprovocado, ha tenido como único cauce de investigación la prueba involuntariamente producida por ella al exhibir su propio cuerpo y referir maniobras abortivas al profesional de la salud, al que había concurrido en procura de auxilio médico. Esta situación fáctica requiere que centremos nuestra atención en ella y nos preguntemos si tal proceder ha sido llevado a cabo en franca violación a la garantía que protege a toda persona contra la autoincriminación forzada, consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, no ponemos en el centro de la cuestión la actitud del médico tratante, quien da cuenta del hecho al que accedió en virtud de su actuación profesional, sino que, como señalara Nino, decimos que: “no es la denuncia del profesional la reprochable, sino cualquier avance procesal que el juez o el fiscal anoticiado pudiere implementar sobre la base de ella contra la persona obligada por las circunstancias a autoinculparse” [...].

Como señala Jauchen, el principio de incoercibilidad del imputado, consagrado en nuestra Ley Fundamental, por el cual todo habitante de la Nación, imputado de un delito, tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo,

[...] abarca no sólo sus manifestaciones confesorias concretas sino toda clase de manifestación o aporte de cualquier tipo de elemento, sea material, documental, expresivo, gestual, etc., que pueda comprometerlo en su situación frente a la atribución delictiva que se le realiza, situación verificada en estos actuados, donde la encartada no tuvo otra alternativa que recurrir a un sanatorio y requerir atención médica para salvar su vida aportando, de esa manera, elementos que sacaron a la luz las maniobras realizadas y resultaron, finalmente, incriminatorios [...].

De la misma manera, la normativa del artículo 8, inciso 3 de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, expresa que “la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacciones de ninguna naturaleza”; y, en la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 14, inciso 3, letra g, que durante el proceso, toda persona acusada de un delito tiene derecho a “no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. Normas éstas que, en el derecho argentino, tienen jerarquía constitucional, según el artículo 75 inciso 22, de nuestra Constitución Nacional luego de la reforma constitucional de 1994 y, por tanto, resultan aplicables con la jerarquía que dicha consagración impone. Como señala Julio Maier,

[...] para que las manifestaciones del imputado representen la realización práctica del derecho a ser oído (como parte integrante del derecho de defensa), la Constitución Nacional ha prohibido toda forma de coerción que elimine la voluntad del imputado o restrinja la libertad de decidir acerca de lo que le conviene o quiere expresar. Ésta es la verdadera ubicación sistemática de la regla que prevé que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” y suprime para siempre “toda especie de tormento” (CN, 18): constituye al imputado como órgano eventual de información o transmisión de conocimiento, en sujeto incoercible del procedimiento, cuya libertad de decisión en este sentido debe ser respetada [...].

En virtud de lo referido, es dable sostener, como lo ha hecho la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que “la mera presencia ante el médico (partera, etc.), de

la mujer autora o coautora de su propio aborto, implica una autoacusación forzada por la necesidad impuesta por el instituto natural de la propia conservación, puesto que acude a él en demanda angustiosa de auxilio para su salud y su vida. No es, pues, posible admitir que una autoacusación de índole semejante sea jurídicamente admisible para pronunciarse en favor de la prevalencia del interés social —si bien discutible— de reprimir su delito, con desmedro del superior derecho humano a la subsistencia y con menoscabo del principio que informa la norma constitucional citada. Si nadie está obligado a declarar contra sí mismo —según el derecho vigente— menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación impuesta por necesidad insuperable. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 24/05/1983, M., A.M y otra P. 31.366).

En el hecho investigado, la circunstancia de que la imputada hubiera presuntamente cometido un delito, no implica en modo alguno que quede desprovista de la protección que otorga nuestra Carta Magna. Al contrario, la garantía contra la autoincriminación presupone que aquel que cometió un delito, a pesar de ello, no esté obligado a denunciarse. Es decir, el haber presumiblemente cometido un delito es lo que le da sentido a la garantía.

Asimismo, cabe considerar que el poder penal del Estado cede frente a determinados valores básicos de la personalidad humana, que de esa manera impiden arribar a la verdad admitiendo, a veces, la eventual ineficacia del procedimiento llevado a cabo para conocer la autenticidad de los hechos.

En esa línea, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha especificado que

[...] *corresponde anular el sumario criminal* por presunta comisión del delito de aborto si, dicho procedimiento tuvo como único cause de investigación la prueba involuntariamente producida por la imputada al exhibir su cuerpo y referir maniobras abortivas en procura de auxilio médico pues, visto que las manifestaciones de aquélla y la evidencia de los rastros corporales del delito constituyeron una consecuencia directa de su necesidad de asistencia médica, ellas no pueden ser utilizadas como elementos que posibiliten el despliegue de la actividad estatal persecutoria, en tanto lo contrario importaría una violación a la garantía que prohíbe la autoincriminación. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 07/06/2006, E., A. T., la ley 04/07/2006, 5), (lo resaltado me pertenece).

[...]

Por lo expuesto, considero que corresponde anular de oficio el procedimiento, en razón de sus insalvables vicios de origen, por haberse configurado una transgresión del derecho a no declarar contra uno mismo y, dado que tal como se inició el sumario

no se advierte la existencia de otros cauces de investigación que hubieran permitido llevar adelante la investigación sin violentar el principio aludido, corresponde absolver a R. D. por el delito de aborto por el que había sido imputada.

En un caso posterior a éste, “Gallo, N”, dictado por la Séptima Sala Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional en abril de 2007 en la provincia de Buenos Aires,¹²⁰ el sobreseimiento aplicado en primera instancia a una mujer que se practicó un aborto utilizando una sonda fue revertido. Luego de considerar la mayoría de los argumentos expuestos en los fallos comentados, el tribunal resolvió que la investigación criminal en el caso procedía, pues

[...] las pautas de la opinión mayoritaria fijada en el plenario “Frías” no hacen más que otorgar un carácter absoluto al secreto médico, anclar el problema en una garantía —prohibición de la autoincriminación— inaplicable en la situación de la mujer y, consecuentemente, dejar, en la práctica, en absoluta indefensión a quien carece de otra forma de tutela, a contrario de lo que la propia Constitución Nacional y los instrumentos de derechos humanos proclaman.¹²¹

Cuestiones a debatir

La confesión en el marco de un proceso penal, y especialmente de una investigación policial, ha sido objeto de críticas por violar garantías individuales de la persona investigada frente al poder punitivo del Estado. La experiencia de las mujeres frente al aborto inducido e ilegal plantea los problemas y alcances de la garantía de no autoincriminarse cuando concurren a un establecimiento de salud en busca de ayuda médica. La obligación de denunciar impuesta a los profesionales o empleados públicos cuando tienen conocimiento de la comisión de un delito se contradice con el deber de guardar confidencialidad. Este dilema es aún más evidente cuando el profesional es un empleado público, y deja en una situación de especial vulnerabilidad a las mujeres que acuden a los servicios públicos.

Preguntas

El sistema acusatorio en América Latina contempla la confesión cuando ésta se produce en determinadas condiciones procesales. Desde un punto de vista

¹²⁰ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, “Gallo, N”, Sala VII, Buenos Aires, 17 de abril de 2007.

¹²¹ *Ibid.*

procesal, y teniendo en cuenta las reglas del debido proceso, considere las siguientes preguntas:

1. ¿La confesión de una mujer, acusada de inducirse un aborto, se podría declarar ilícita?

2. ¿Cómo argumentar el derecho a la no autoincriminación?

3. ¿Se podría sostener que la obligación de los médicos de denunciar los abortos a las autoridades, y la de resguardar el secreto profesional no es excluyente, pues éstos podrían denunciar —están obligados por ley— y, luego, citados a declarar, no entregar información aduciendo secreto profesional?

4. Si las disposiciones legales obligan a los prestadores de salud a denunciar a sus pacientes, ¿deberían éstos guardar silencio ante las incisivas preguntas de un profesional? ¿Y el prestador de salud debería señalarles que todo lo que informen y se registre en sus fichas clínicas puede ser usado en su contra?

5. Si también la obligación de los prestadores de salud es contar con toda la información posible para el mejor desempeño de sus funciones, ¿cómo podría resguardarse el secreto médico?

6. El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas recomendó a Chile en el 2004 que “[...] elimine la práctica de extraer confesiones a efectos de enjuiciamiento de las mujeres que buscan atención médica de emergencia como resultados de abortos clandestinos [...]”.¹²² Considere si la situación descrita se encuadra en un trato cruel, inhumano y degradante.

7. ¿Qué consecuencias podría tener para la preservación de la salud de las personas el fallo “Mirta Insaurralde”? ¿Estima que la Corte entiende la interdependencia entre los derechos?

8. Considere la relación entre el razonamiento del caso *De la Cruz Flores v. Perú* resuelto por la Corte Interamericana de Justicia,¹²³ con el razonamiento de los jueces en el caso *Insaurralde* sobre la protección del derecho a la vida. ¿Se contraponen?

9. Revise el artículo 8, letra g, de la Convención Americana. ¿Cómo entiende la garantía judicial el voto de minoría en el caso “Natividad Frías”?

10. Si se estimara que los detractores de la doctrina en el caso “Natividad Frías” fundan su rechazo en una sobrestimación de las eventuales consecuencias de la denuncia (prisión), pues en caso de ser condenada la mujer podría obtener medidas alternativas, ¿cómo podría contraargumentar?

¹²² Comité contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura a Chile, CAT/C/39/Add.5 y Corr. 1 y CAT/C/SR.602 y 604, 32º Período de sesiones, 3-21 de mayo de 2004.

¹²³ Ver nota 114.

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA INSEGURIDAD JURÍDICA
DEL ABORTO NO PUNIBLE

Con el objetivo de proteger la vida del que está por nacer, el orden social, moral o familiar, la legislación en América Latina —se ha expuesto aquí en términos generales—, prohíbe el aborto.¹²⁴ Pese al énfasis punitivo o de vigilancia, con excepción de Chile, El Salvador y recientemente Nicaragua, las legislaciones de la región¹²⁵ contemplan algunas excepciones al aborto no punible: embarazos producto de una violación o estupro; cuando el embarazo pone en riesgo la salud o la vida de la mujer; cuando existen serias malformaciones fetales y éstas son incompatibles con la vida fuera del útero. Estas excepciones demuestran que, incluso las visiones más conservadoras, reconocen que al menos en estos casos se vulneran los derechos básicos de la mujer. Después de todo, el derecho penal no establece normas para héroes o heroínas, pues las normas supererogatorias no serían exigibles. Sin embargo, cuando se trata del aborto, esa máxima se vuelve imprecisa. Uno de los redactores de la Constitución chilena de 1980 opina que las mujeres están llamadas al martirio.¹²⁶

Las excepciones a la ley, sin embargo, no garantizan que aquellas mujeres que cumplen con esos requisitos puedan acceder a un aborto seguro y legal en los servicios públicos de salud. El acceso a un aborto seguro y sin riesgos

¹²⁴ CLADEM, *Silencios públicos, muertes privadas. La regulación jurídica del aborto en América Latina y el Caribe*, *op. cit.*, pp. 23-31.

¹²⁵ En el caso de Colombia la situación es distinta, pues fue la decisión del Tribunal constitucional colombiano la que estableció que la legislación restrictiva era inconstitucional y que debía ponderar los derechos de las mujeres en casos de violación, riesgo de salud y vida de la mujer. Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006.

¹²⁶ “La madre debe tener el hijo aunque éste salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o, aunque de tenerlo, derive en su muerte. Una persona no puede practicar jamás legítimamente un aborto, porque es un homicidio, y todas las consecuencias negativas o dolorosas que se siguen de asumir las responsabilidades descritas las entiende simplemente como el deber de sujetarse siempre en la ley moral, cualquiera sea el dolor que ello acarree, pues constituye, precisamente, lo que Dios ha impuesto al ser humano. Hay personas para las cuales el límite entre el heroísmo o el martirio, por una parte, y la falla moral, por la otra, se estrecha hasta hacerse imposible. La mayoría de los seres humanos viven gran parte de sus vidas en una amplia zona intermedia que hay entre ambas, pero la Providencia permite, exige o impone muchas veces a un ser humano que ese cerco se estreche y la persona se encuentre obligada a enfrentar una disyuntiva en la cual no queda sino la falla moral, por una parte, o el heroísmo, el martirio o lo que sea. De manera [...] que la gravedad o tragedia que sigue a la observancia de la ley moral nunca puede invocarse como elemento para sustraer a alguien de la obligación de cumplirla. Por eso cree que la prohibición del aborto debe ser absoluta, porque, a su juicio, en el orden moral lo es igualmente”. República de Chile, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, vol. 3, *Garantías Constitucionales*, Sesión 87ª del 14 de noviembre de 1974, Santiago, p. 14.

depende de varios factores: uno de ellos es la diversidad de opiniones o interpretaciones de la comunidad médica frente a la ley, y la calificación de riesgo que da un equipo médico. En definitiva, la decisión no estará sujeta a lo que la mujer determine; queda en manos de un grupo de profesionales cuyas convicciones religiosas o éticas pueden permear su decisión.¹²⁷ Algo similar ocurre en los casos de violación: los valores o posturas de la profesión médica tienden a entorpecer y limitar el derecho a abortar de una mujer violada.¹²⁸

Las mujeres en países como Argentina o Perú¹²⁹ tienen la obligación de pedir autorización judicial para interrumpir un embarazo. Se sostiene que es una práctica de los establecimientos hospitalarios y de sus profesionales por temor a las consecuencias que pueda acarrear el procedimiento, por temor a ser sancionados.¹³⁰ En Argentina, donde la ley prevé el aborto no punible en casos terapéuticos y por violación a una mujer demente o idiota,¹³¹ los tribunales han ido asentando la doctrina de que la autorización judicial no es necesaria cuando la ley expresamente lo ha estatuido.¹³²

¹²⁷ J. Barzelatto y A. Faúndes, *El drama del aborto. En busca de un consenso*, op. cit., pp. 74-75. Fue paradigmático el caso de una niña nicaragüense de 9 años, embarazada de tres meses, hija de unos campesinos nicaragüenses que vivían en Costa Rica. Pese a que los médicos consideraron que el embarazo era de alto riesgo para la niña, y aun cuando el aborto terapéutico está contemplado en el Código penal, ninguno de los profesionales de los dos hospitales de Costa Rica que la atendieron recomendaron el aborto. Los padres trasladaron a la niña a Nicaragua, y allí se le practicó un aborto clandestino. Tenía dieciséis semanas de gestación. Ver M. Carranza, "The Therapeutic Exception: Abortion, Sterilization and Medical Necessity in Costa Rica", op. cit., pp. 55-56.

¹²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Paulina Ramírez v. México, Petición 161/02, Acuerdo de Solución Amistosa, 2006. Ver también L. Cabal, M. Roa y L. Sepúlveda-Oliva, "What Role can International Litigation Play in the Promotion and Advancement of Reproductive Rights in Latin America?", op. cit., pp. 67-69; y Marcela Serrano, "Sin Dios ni Ley", en *Un mundo raro: dos relatos mexicanos*, Mondadori, México D.F., 2000, pp. 61-94.

¹²⁹ En febrero del 2007, el Instituto Nacional Perinatal, que entre otros debe elaborar protocolos de manejo de todas las patologías materno perinatales, expidió la directiva "Manejo integral de la interrupción traumática de la gestación menor a 22 semanas" (Resolución Directoral, N° 031-DG-INMP-07). El 19 de abril del 2007, por resolución viceministerial (N° 336-2007), se dejó sin efecto la directiva. Se adujo que, para que tuviera eficacia, debía ser expedida mediante una resolución ministerial.

¹³⁰ Human Rights Watch, *Decisión prohibida: acceso de las mujeres a los anticonceptivos y al aborto en Argentina*, op. cit., p. 51.

¹³¹ El artículo 86 del Código penal dispone que "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible: 1° cuando se realice con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2° si el embarazo proviene de una violación o un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

¹³² "Mientras los Ministros de esta Corte debatimos en torno a la autorización pedida, sería insen-

Aquellos que incluso excluyen el aborto terapéutico no creen siquiera en la tesis de una legítima defensa

[...] porque la legítima defensa implica que alguien, para defenderse de una gestación injusta, puede provocar un daño que no necesariamente implique la muerte del agresor, y además porque nunca el niño podría ser considerado como un agresor; él está en condiciones de dependencia de la madre, que por lo demás, ha causado el embarazo. El niño es absolutamente inocente.¹³³

Así, frente a una solicitud de aborto terapéutico, un juez señaló: “Maternidad y paternidad tienen un riesgo. El amor es un riesgo. (Todos los días caen obreros desde los andamios de las obras [...] son muchos hombres, mujeres los que mueren, en distintos lugares, asumiendo el riesgo de sus vidas [...]).”¹³⁴

Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, La Plata, Argentina
C.P. de P.A.K. Autorización
27 de junio de 2005

Problema jurídico

¿En un estado de necesidad previsto legalmente, se justifica la solicitud de autorización para la realización de un aborto?

Hechos

Una mujer, en su nombre, y en representación de sus hijos menores, solicitó autorización judicial para interrumpir su embarazo. Adujo que padecía miocardiopatía

sato que los médicos no actuaran a la espera de que terminemos nuestras cavilaciones [...] Si eso ocurriera, la posibilidad de dar satisfacción al derecho de la solicitante —o lo que es igual, la operatividad y eficacia del derecho en sí mismo— se habría desvanecido, del mismo modo que quizá, [...] la vida de la madre y el feto que anida en su vientre, por una insoportable falta de atención oportuna. A la espera de una autorización judicial y sin la decisión de los médicos a actuar lo que su ciencia y arte les indica con la diligencia exigidas por las circunstancias del caso, el amparo llegaría tarde y el derecho se habría extinguido”. Suprema Corte de Justicia Bonaerense, C.P. de P. A.K. Autorización, La Plata, 27 de junio de 2005. Ver también Soledad Pujol y Malena Derdoy, “Algunas notas críticas sobre el tratamiento judicial del aborto en Argentina”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 2007, pp. 137-145.

¹³³ Mauricio Besio, Fernando Chomalí, Jorge Neira y Ángela Vivanco, *Aborto terapéutico. Consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia católica*, Facultad de Medicina, Centro de Bioética, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, p. 24.

¹³⁴ Juez De Negri, Suprema Corte de Justicia Bonaerense, C.P. de P. A.K. Autorización, La Plata, 27 de junio de 2005. En este caso, la mujer sufría de una miocardia dilatada con deterioro severo de la función ventricular, con cuatro embarazos previos, dos de los cuales terminaron en eclampsia y aborto y otras condiciones de mayor riesgo como hipertensión arterial, tabaquismo y obesidad.

dilatada con un deterioro severo de la función ventricular, episodios de insuficiencia cardíaca descompensada y limitación de la capacidad funcional, así como endocarditis bacteriana y arritmia crónica con alto riesgo de morbilidad materno fetal. Adjuntó las certificaciones médicas de los servicios de obstetricia y cardiología del hospital público donde se asistía. Éstas aconsejaban el procedimiento. La mujer padecía además obesidad y tabaquismo. Los médicos certificaron el riesgo cierto que corría la salud y la vida de la mujer de continuar el embarazo. La mujer se encontraba en su quinto mes de embarazo. El Tribunal de Familia declaró que los médicos tenían la facultad de realizar la práctica médica más adecuada para interrumpir el embarazo de la peticionante. El asesor de incapaces interpuso un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que se sumó a los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley presentados en representación de la persona por nacer.

Decisión

La mayoría rechazó los recursos interpuestos y declaró que no era necesario obtener una autorización judicial para la realización de un aborto no punible.

Extractos

[Del juez Lássari]:

[...]

Un juez debe resolver sólo aquellas causas que le sean propuestas dentro del ámbito de su competencia; además su pronunciamiento debe estar justificado racionalmente, y [...] alguna de esas razones o justificantes debe ser una norma jurídica. Ello, traído a esta causa, genera de manera inmediata tres problemas cruciales: el primero se asienta en la competencia y aptitud de esta Corte (o de cualquier tribunal de justicia) para ocuparse del tema; el segundo, si existen normas o principios en nuestro orden jurídico que sean aplicables a la situación de hecho que nos ha sido traída y, en tercer término, si en autos se ha dictado una resolución legítimamente fundada, o si (como se sostiene en el recurso extraordinario deducido) se ha violado o aplicado erróneamente la ley o la doctrina legal.

[...]

Es prioritario ocuparnos del primer problema: el de si compete a este Tribunal (y en origen, al de Familia) abocarse a esta cuestión. La señora Juez de trámite [...] sostiene que en los casos de aborto terapéutico no se requiere autorización alguna para llevarlo a cabo, bastando que se acredite un estado crítico de salud de la embarazada que la coloque en peligro cierto de muerte si continúa la gestación, las opiniones coincidentes de médicos diplomados y el consentimiento de la madre. Agrega más: “el caso [...] se halla en el terreno de lo lícito; y como la norma citada [se refiere al art[ículo] 86, inc[iso] 1°, del Código penal] no impone ninguna autorización previa por parte del Estado para practicar el aborto terapéutico, la venia

judicial peticionada sería jurídicamente inocua”. En otras palabras, la conclusión sería que, en realidad, la traída no constituye una cuestión justiciable ni resulta objetivamente proponible.

Tales asertos (cualquiera fuera nuestro acuerdo con ellos) son relativizados cuando, a renglón seguido [...], la misma jueza arriba a una conclusión opuesta inclinándose por otorgar la autorización. Aun cuando sus referencias probablemente sean verdaderas (la condición económica de la actora), carecen en rigor de atingencia con el problema de la aptitud jurisdiccional o de la necesidad de que la jurisdicción tenga que expedirse emitiendo una autorización como la solicitada.

Apartándome de tales argumentos, coincido sin embargo con su resultado: esta Corte (como antes el Tribunal de Familia) se ve en la necesidad de entender en el expediente que llega a sus estrados. Como se apreciará infra, la hipótesis en juzgamiento se encuentra en el terreno de lo permitido porque así se desprende —y se intentará demostrar— del conjunto de normas y principios aplicables. De lo que se sigue que los profesionales de la medicina estuvieron en condiciones per se de asumir la problemática y resolverla en forma directa. Sin embargo, se han negado a hacerlo requiriendo un plus, la autorización judicial, generando así un complejo supuesto en el que, a la postre, los protagonistas principales —madre y ser en gestación— quedarían sin respuesta si judicialmente no mediare pronunciamiento.

Los sistemas procesales y, en su aplicación, los órganos jurisdiccionales, deben adecuarse a la especificidad de los conflictos que les toca resolver, formulando una imprescindible supeditación de los medios a los fines. Existe un verdadero principio de utilidad del proceso porque es en extremo deseable que lo actuado rinda algún fruto concreto a quien —bien o mal— llegó a los tribunales en la desesperada búsqueda de una solución para el gravísimo problema vital que lo aqueja, a la vista de la superlativa importancia de los intereses en juego, el acuciante transcurso del tiempo y la urgente necesidad de tomar una resolución, aunque la misma desborde los cánones procesales o se aparte de la ortodoxia recursiva.

Persistir a esta altura en la perspectiva de la pureza de los conceptos discurriendo sobre la inutilidad de pronunciarse en un terreno que no registra prohibición, arribando por tanto a la conclusión de que no ha sido necesario excitar a la jurisdicción para obtener una autorización que los propios médicos podían suplir mediante la reunión de determinadas circunstancias, y quedándose solamente en ello, importaría ahora tanto como mirar a un costado. Porque esos médicos, por las razones loables o mezquinas que fueren, han entendido conveniente incorporar un ingrediente que el conjunto de reglas que disciplinan el ejercicio de su profesión no exige —la autorización judicial—, lo que ha repercutido penosamente en el ámbito de la aquí demandante planteándole un verdadero estado de necesidad.

[En lo que sigue se encuentra el razonamiento, *verbatim*, del juez Negri]

[...]

El tema tiene connotaciones humanas (culturales, espirituales, éticas) muy profundas.

En mi tarea de juez, no puedo sentirme sino inmensamente conmovido por toda la tensión existencial que aquí se expresa.

Pienso en la mujer enferma, con una vida adentro —la de su propio hijo— que pareciera impedir su propia vida.

En la de su marido y la de sus otros hijos.

Y en la del hijo, adentro suyo, a los cinco meses de gestación, ya formado, esperando —por esas extrañas razones en la que el misterio del ser se funde con la biología— su nacimiento.

El destino de esta criatura si el aborto hoy se realiza es su muerte.

¿Que destino le esperará si la justicia judicial decide que no muera?

¿No existirá algún día, futuro, en el que se queje, en que reniegue del fallo que decidió que no muriera, en una situación que no le daba opciones válidas de existencia?

Padre y madre me piden el aborto.

Y la vida latiendo dentro suyo, me pide, como toda vida, vivir.

Son agobios muy fuertes en mi tarea de juez.

Trataré de resolverlos conforme al derecho al que he jurado ceñir mi actividad (aun sabiendo que existe un orden más alto, el del amor, al que la justicia judicial no puede, ni aun estirándose, acceder).

Y es en este punto precisamente, en donde no encuentro modo alguno de satisfacer el pedido de los padres.

[...]

No hay norma en el derecho argentino que me autorice, como juez, a disponer la muerte de esta persona. Ni aun para salvar, eventualmente, a otra.

Aun admitiendo que los dictámenes médicos sean ciertos en sus pronósticos.

Aun admitiendo que la peticionaria morirá al dar a luz.

Aun haciéndome cargo de todo su temor y de toda su congoja.

¿Cómo hago para decidir que esta criatura, persona (ser único, irrepitable, no canjeable, no fungible) muera?

¿Sobre qué ley, sobre qué norma, fundaría la decisión de terminar con ella?

Una persona que, según las propias leyes constitucionales de mi país y las de mi propia conciencia, existe desde el momento mismo de la concepción.

[...]

Para responder afirmativamente al pedido del aborto que se hace, el tribunal de grado ha invocado (como único fundamento de su decisión) el art[ículo] 86 inc[iso] 1 del Código penal.

Pero es una invocación inadecuada.

Una cosa es punir o no punir. Otra cosa es decir que algo está bien.

Aquí no se trata de castigar o no castigar.

No se discute si alguien, por un hecho ya sucedido, debe ser o no objeto de una pena.

Eso debe ser materia de un proceso ante el juez penal.

Lo que se trata de decidir es si un juez puede conferir o no autorización para matar.

Y no veo que de ese artículo pueda inferírsela.

Si lo que se ha procurado es llegar desde él (y todo indica que ése ha sido el propósito) a un principio del cual derivar una respuesta, la construcción ha sido claramente paralógica.

Un principio no puede inferirse sólo de una norma, que lo expresa fragmentariamente (a veces en concurrencia con otros principios), sino de todo el conjunto de normas.

Y en esas condiciones, el razonamiento no podría preterir aquellas disposiciones constitucionales y legales que declaran el comienzo de la existencia desde la concepción en el seno materno, ni las que protegen la vida y la personalidad.

Del examen sistémico y de la inferencia que de todas ellas puede desarrollarse resulta, más que el poder de los jueces de matar a una persona, como se ha concluido, la radical imposibilidad de hacerlo.

Una exclusión de la pena como la que establece el artículo del Código penal citado, vale como eso, como limitación al poder de punir, no como proclamación del derecho judicial de decidir la muerte de una persona por nacer.

Leerlo de otro modo me parece un exceso.

[...]

Maternidad y paternidad tienen un riesgo. El amor es un riesgo. También juzgar (Todos los días caen obreros desde los andamios de las obras [...] son muchos hombres, mujeres, los que mueren, en distintos lugares, asumiendo el riesgo de sus vidas [...]).

Aquí es necesario pensar que, más allá del dolor que cause, el riesgo existe: quedará librado a la libertad de cada uno (padre, madre, médicos) cómo asumirlo y resolverlo, sin transferencias que no pueden servir para liberar a las conciencias de su responsabilidad originaria.

Acaso, sólo en su fluir libre la vida pueda ganar su antigua batalla.

La sentencia, en la medida en que decide la muerte de una persona, es revocada, por inaplicabilidad de la ley en la que, equivocadamente, dice fundarse.

Primer Juzgado de Familia Mendoza, Argentina
G. A. R. por su hija C. C. A./Medidas tutelares
18 de agosto de 2006

Problema jurídico

¿Es procedente la autorización judicial para un aborto no punible?

Hechos

Una menor oligofrénica, declarada judicialmente incapaz, y además epiléptica —padecimiento para el que recibe un tratamiento que no puede ser suspendido—, fue violada y resultó embarazada. La madre de la menor solicita al Hospital Militar del regimiento de Mendoza que se le practique a su hija un aborto. El Comité de ética del Hospital retarda la decisión, y en consecuencia la madre interpone una acción en contra del mismo. El juez de familia acoge la acción y ordena que el Hospital Militar o el establecimiento público hagan la intervención. Cuando la madre concurre al hospital, se encuentra con que el aborto no se puede practicar porque el Segundo Tribunal de Familia ha ordenado una medida cautelar interpuesta por una organización anti-aborto.

Decisión

La Suprema Corte de Mendoza rechaza las medidas cautelares interpuestas, confirma la decisión del juez de primera instancia y señala que ninguna persona tiene legitimación activa para cuestionar la decisión legalmente emitida.

Extractos

[...]

No caben dudas [de] que la situación de C. C. A. se encuentra contemplada [en] el art[ículo] 86 inc[iso] 2 del Código penal, que despenaliza el aborto realizado en dichas condiciones o circunstancias, resultando en consecuencia una conducta permitida y lícita.

Incluso, por los dichos de su madre, y declaraciones periodísticas de los médicos del Comité de bioética, podría estar alcanzada también por su inc[iso]1, toda vez que la medicación que toma para inhibir las convulsiones no puede suprimirla sin un grave riesgo para su salud, y la misma sería altamente perjudicial y dañina para la salud y viabilidad del nonato.

En efecto, dicha norma legal establece:

Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o

cooperen a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, no es punible: 1. Si se hace con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2 Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto. (Texto según ley 23077/84).

[...]

Declarado que ha sido la norma jurídica aplicable al caso, se hace insoslayable referirse al reciente fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en autos 98.830, “R., L.M., NN Persona por nacer. Protección. Denuncia”, del 31 de julio de 2006, en el cual en un caso similar, en cuanto a los elementos esenciales de la plataforma fáctico-jurídica, y en forma exhaustiva, efectuó la correcta interpretación del art[ículo] 86 del Código penal, en especial su inciso 2, llegando por mayoría a la conclusión de que dicha práctica médica, en las condiciones establecidas por la norma, no requiere de autorización judicial previa, quedando la cuestión reservada al criterio médico en la relación médico-paciente.

Como bien lo expresa el [doctor] Genoud en [...] su voto, los requisitos que establece la norma para que el aborto no sea punible son tres: la violación; la falta de capacidad de la víctima; y el consentimiento de la representante.

Remito al análisis allí efectuado de cada uno de esos requisitos para concluir que la determinación de los mismos, en cada caso concreto, quedarán al prudente árbitro del médico o institución que atienda a la paciente, no resultando necesaria la intervención judicial.

[...]

Si el médico alberga alguna duda, conforme sea la urgencia por el tiempo de gestación, podrá requerir de la representante legal y/o directamente de los organismos pertinentes, los exámenes y/o las constancias que resulten necesarias para tener por acreditado que se trata de una persona que sufre de una enfermedad mental que no le permite la comprensión del acto sexual y sus consecuencias —falta de consentimiento—, y en su caso, el estado de embarazo, que hace presumir el acceso carnal sin consentimiento de la víctima (violación). Como así los instrumentos que acrediten la representación de la incapaz —título de estado del que surge el vínculo filial, acta de designación de curadora, etc.—.

Si bien se trata de un acto personalísimo, está claro que la norma delega en la representante legal de la incapaz el consentimiento informado para realizar el aborto, por lo que carece de todo sentido y utilidad entrar en disquisiciones intelectuales sobre el tema.

De la prueba arrimada, surge acreditado *prima facie*, que Claudia padece de una deficiencia mental en grado de imbecilia, siendo de carácter incapacitante, lo que le impide comprender sus acciones y administrar sus bienes [...] en la hoja de resumen de [su] historia clínica [...] consta que padece desde su nacimiento de un retraso madurativo cerebral, presentando convulsiones de tipo epilépticas; siendo coincidente con el certificado médico adjuntado a la demanda.

Por otra parte, acreditado que se encuentra la imposibilidad de haber prestado el consentimiento al acto sexual, y su estado de embarazo con la instrumental acompañada, forzoso es concluir en que C. ha sido víctima de violación, presunción que se ve reforzada por la constancia emitida por la Fiscalía que investiga el hecho denunciado.

También resulta clara la voluntad de su representante legal, en el sentido de consentir el aborto, de la nota [...] dirigida al Hospital M. R. M.

Sin perjuicio de ello, el médico que vaya a realizar la práctica abortiva deberá verificar que, a ese momento, se mantenga tal consentimiento, debiendo informar previamente y con tal fin, a la representante de la discapacitada, de las consecuencias y riesgos de tal acto quirúrgico, como así de las posibles consecuencias que para la vida y salud de la gestante, conforme a su enfermedad y tratamiento, y para el feto, puede tener la no realización del mismo (consentimiento informado).

[...]

Más allá de que se comparta o no la solución legal, es evidente que, frente a la colisión de intereses y bienes jurídicamente protegidos —vida humana vs. libertad sexual-autodeterminación—, en el caso de la concepción producida por violación —abuso sexual con acceso carnal—, la ley hace prevalecer al segundo sobre el primero [...].

Es que este juego constante de prevalencias y opciones entre bienes, derechos y valores, son propias del ordenamiento jurídico positivo como sistema de regulación de la vida en sociedad, dependiendo de la estimativa social imperante en cada tiempo y lugar determinado, el rango que cada uno ocupa en el mudo jurídico, y en cada situación de la vida social que exija tal elección, conforme sean sus circunstancias y características especiales.

El propio art[ículo] 86 del Código penal es una prueba palmaria de tal realidad, toda vez que describe distintas situaciones de la vida, en relación gestante-feto, haciendo prevalecer en su primera parte al valor vida del concebido no nacido, sobre el derecho a disponer de su propio cuerpo y autodeterminación de la gestante; y en su segunda parte se imponen la vida de la gestante, su libertad sexual y autodeterminación, sobre la vida del feto.

La relatividad es una nota propia de los derechos, no existiendo en el ordenamiento jurídico positivo derechos reconocidos y/o protegidos en forma absoluta, sino conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio [...].

Si el derecho a la vida fuera absoluto, ningún ser humano podría ser obligado a arriesgar y perder su vida en defensa de su patria, ni podría existir la pena de muerte, como rige en algunos estados, ni en ningún caso la vida del feto podría ser sacrificada por la de su madre gestante.

El art[ículo] 86 del Código penal es una norma [en la que] el derecho a la vida se encuentra reglamentado y suficientemente protegido, toda vez que, en principio, el aborto se encuentre penalizado, sufriendo limitaciones excepcionales, en aras de otros derechos que se consideran preferentes en las condiciones descriptas por la norma.

[...]

La conducta del médico está condicionada, para su licitud, a la previa prestación del consentimiento informado de la representante legal de la insana o discapacitada.

Ambos confluyen en un resultado —el aborto— no incriminado, ni como autor (médico) ni como instigador o cómplice (la representante legal).

Debe quedar claro que la ley penal no fomenta el aborto, sólo se pronuncia sobre hechos ya ocurridos, para determinar que en dichas condiciones no es delito.

Es evidente entonces, que tal conducta se encuentra comprendida y amparada por el art[ículo] 19 de nuestra Constitución Nacional [...]:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Como dice Gelli [...], el artículo contiene dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de privacidad, que incluye el derecho a la intimidad, y el de legalidad, resultando, sobre todo el primero, esencial para diseñar un sistema de respeto a la autonomía y a la libertad personal y establecer una frontera democrática ante las atribuciones estatales para limitar los derechos [...].

Resulta claro que la norma aludida deja la opción o libertad de elegir el propio plan de vida, frente a la hipótesis descrita por el artículo, a la representante legal de la incapaz, sin interferencias del poder estatal, en especial de los jueces.

No es otra cosa que el respeto a la autonomía personal, a la libertad que tiene cada persona para adscribir a las ideas, valores morales, religiosos, sociales, familiares, etc., que considere adecuados a su persona y modelo de vida pretendido, y a la protección de la familia, pues resulta indudable que un hecho de tal naturaleza produce una profunda y dramática consternación y sufrimiento en todos los miembros de la familia de la discapacitada.

Es la familia, la que en definitiva debe asumir la responsabilidad de la crianza del niño por venir, y sólo los miembros de dicha familia, la que ha sufrido el drama,

saben si están en condiciones para hacerlo. Es que la norma del art[ículo] 19 de la C[onstitución] también comprende el derecho a la intimidad familiar.

El límite está impuesto por la prohibición de ofender al orden o a la moral pública o perjudicial a un tercero.

Si bien es cierto que el feto, al que se le reconoce personalidad jurídica desde su concepción en el seno materno, sería un tercero respecto de su madre gestante, el conflicto es resuelto por el art[ículo] 86 inc[iso] 2 del Código penal, a favor del derecho a la autodeterminación y autonomía personal de la víctima de la violación, y su familia que se ve directamente afectada por tal situación, a través del consentimiento de su representante legal.

[...]

Ahora bien, como lo expresa la mayoría en el fallo de la CSJB, desde la justicia no se puede obligar a la prestación médica toda vez que los únicos protagonistas de dicho acto médico, desde su génesis hasta su culminación, no son otros que la mujer en cinta y el médico diplomado, que es el único dotado con los conocimientos científicos y técnicos que permita decidir con responsabilidad si están dadas las condiciones para llevar a cabo el acto médico sin riesgo para la vida de la madre gestante.

Los jueces carecemos de dichos conocimientos, y en consecuencia, mal podríamos pretender subrogarnos en una decisión donde se encuentran en juego dos vidas, la de la gestante y la del feto.

En definitiva, será el médico, ya sea el vinculado al hospital en el que se atiende la paciente por su obra social, o el del hospital público, por la obligación ineludible que le corresponde al Estado como gestor y garante de la salud pública, y las instituciones obligadas a la cobertura sanitaria en las que éstos se desempeñen, los que deberán asumir la responsabilidad que les compete en el ejercicio de su profesión y en la prestación del servicio.

[...]

He optado por respetar la ley vigente, porque ella representa, aunque más no sea simbólicamente, la voluntad de la mayoría del pueblo expresada a través de sus representantes políticos.

Los jueces sólo aplicamos la ley, buscando darle el sentido más favorable a la protección de los derechos y la realización de la justicia.

Son los legisladores los llamados a recoger la estimativa social imperante en cada época y lugar determinado, a fin de plasmarla en leyes que rijan la convivencia social.

El art[ículo] 86 del Código penal es una norma vigente. Y un tribunal de la jerarquía de la Suprema Corte de Buenos Aires ha dicho recientemente que es constitucional.

Se podrá estar o no de acuerdo con la solución que consagra, pero es la que se ha impuesto como norma y nos rige.

Cuestiones a debatir

En los pocos casos en los que los detractores de toda forma justificable de aborto reconocen riesgos de vida,¹³⁵ formulan una autorización del derecho *sui generis* en el sentido que permiten una acción moralmente aceptable —la quimioterapia durante la preñez, por ejemplo— que acarreará un aborto. Estas situaciones se denominan “interrupción del embarazo”, o “aborto indirecto”, pues el feto muere a consecuencia de una acción de salud que no persigue el aborto. En estos casos, señalan, “no hay dolo o malicia abortiva, sino el cumplimiento del deber médico, en el sentido de utilizar los medios a su alcance para salvar a los que sean susceptibles de ello”.¹³⁶ Esto es lo que se conoce como la teoría del doble efecto, pues no se busca la muerte del feto, como sucedería con el aborto terapéutico, sino la aplicación de ciertas conductas médicas de las que se podría derivar la muerte del feto.

Preguntas

1. ¿Considera que es posible invocar —en cualquiera de los dos casos anteriores— la teoría del abuso del derecho cuando los recurrentes, la defensora de incapaces u otras instituciones intentan impedir la realización de un aborto no punible?

2. Si fuera contratado por una organización gremial de médicos, ¿qué acciones propondría para evitar el litigio?

3. ¿Considera que las razones para solicitar autorización judicial con miras a practicar la realización de abortos no punibles obedecen a razones de conciencia de los médicos?

4. En el caso “G. A. R por su hija C. C. A./Medidas tutelares”, ¿cómo es elaborada la tesis de la autonomía reproductiva de las mujeres?

5. Considere la institución de la legítima defensa. ¿Sería posible aplicar el argumento del juez Negri a la institución? ¿Qué consecuencias se podrían seguir de ese argumento? ¿Podría diferenciar argumentativamente que los casos de legítima defensa no son aplicables en materia de aborto?

C. TERCER PROBLEMA: LA ANENCEFALIA

La anencefalia es una condición o anomalía de los fetos. El tubo neural no se cierra; de ahí la ausencia de hemisferios cerebrales y de estructura ósea del

¹³⁵ Preclampsia, alza violenta de presión arterial de la mujer e infección del saco gestacional.

¹³⁶ D. Basso, *Nacer y morir con dignidad. Bioética, op. cit.*, p. 24.

cráneo.¹³⁷ Estos casos son incompatibles con la vida extrauterina, pero cuando llegan a nacer vivos, mueren en los primeros días después del parto.¹³⁸ Hay quienes sostienen que las consecuencias que tiene para la salud de la gestante e incluso para el resto de la familia permitirían encuadrar este caso —médica y éticamente— en la figura de aborto terapéutico.¹³⁹ La anencefalia aumenta el riesgo de embarazo y parto por la presencia de “polihidramios (aumento de líquido amniótico) con todas las complicaciones que conlleva (dificultad respiratoria, hipotensión en decúbito dorsal, rotura uterina, embolia de líquido amniótico, desprendimiento normo-placentario, atonía uterina post-parto, etc.)”.¹⁴⁰

La postura jurídica y médica que cuestiona en estos casos la acepción de “terapéutico” para el aborto afirma que

[...] el aborto provocado, aunque su intención sea la vida o la salud de la madre, es justamente lo opuesto: privar de vida a un inocente. No existe en este caso una terapia, ya que de existir, implicaría que la intervención médico-quirúrgica busca directamente curar o eliminar la parte enferma del cuerpo, y en este caso, por el contrario, se busca la supresión del feto para evitar que se agrave la salud de la madre o corra peligro su vida.¹⁴¹

Comité de Derechos Humanos de la OEA
Karen Llantoy contra Perú
24 de octubre de 2005

Problema jurídico

¿El negar a una mujer la posibilidad de un aborto terapéutico constituye una violación del derecho internacional de los derechos humanos?

Hechos

La denunciante, una adolescente de 17 años, fue diagnosticada de embarazo de un acráneo en el primer trimestre de gestación. El médico tratante le informó los riesgos que corría al seguir con el embarazo, y le sugirió un legrado uterino, dejando claro que la decisión sería de la mujer. Cuando la joven acudió al hospital dos semanas

¹³⁷ Pedro Hooft, “Anencefalia: consideraciones bioéticas y jurídicas. ¿La ausencia de un substrato biológico mínimo genera diferencia moral?”, *Acta Bioética*, Año VI, N° 2, 2000.

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 269-270.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 273.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 270-271.

¹⁴¹ M. Besio, F. Chomalf, J. Neira y A. Vivanco, *Aborto terapéutico. Consideraciones médicas, éticas, jurídicas y del magisterio de la Iglesia católica*, op. cit., p. 10.

después para internarse, le informaron que por ser menor de edad debía presentar la autorización de su madre y solicitar el legrado al director del Hospital, por escrito. Éste a su vez respondió que el procedimiento constituía una contravención a las normas del Código penal, y que en consecuencia no se podía realizar.

El Código penal del Perú, en su artículo 120, establece que el aborto será sancionado con la pena privativa de libertad no mayor de tres meses “cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas”. Por su parte, el artículo 119 del mismo Código dispone que el aborto terapéutico está permitido cuando la suspensión del embarazo es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave permanente. Pese a los informes presentados por una asistente social y una médica psiquiatra, la muchacha debió cursar el embarazo hasta dar a luz, y se le obligó a amamantar a una niña anencefálica durante cuatro días, luego de los cuales murió. Llantoy, en su denuncia al Comité, señaló que se había vulnerado —*inter alia*— su derecho a la vida, su derecho a no ser sometida a tratos crueles e inhumanos con un embarazo forzado, su derecho a la privacidad, especialmente en lo que respecta a las decisiones que recaen sobre su cuerpo, su derecho a ser protegida en tanto adolescente y la no discriminación en la aplicación de la ley.

Decisión del Comité

La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión del Comité, la causa del sufrimiento que la adolescente tuvo que pasar. En la Observación general N° 20, el Comité ha señalado que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral, y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores.

Extractos

[...]

El Comité observa que la autora acompañó una declaración médica que acredita que debido a su embarazo estuvo sujeta a un riesgo vital. Además, quedó con secuelas psicológicas severas acentuadas por su situación de menor de edad, como lo estableció el dictamen psiquiátrico del 20 de agosto de 2001. El Comité nota que el Estado parte no ha presentado ningún elemento para desacreditar lo anterior. El Comité observa que las autoridades estaban en conocimiento del riesgo vital que corría la autora, pues un médico gineco-obstetra del mismo hospital le había recomendado la interrupción del embarazo, debiendo realizarse la intervención médica en ese mismo hospital público. La negativa posterior de las autoridades médicas competentes a prestar el servicio pudo haber puesto en peligro la vida de la autora.

[...]

La autora alega que, debido a la negativa de las autoridades médicas a efectuar el aborto terapéutico, tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo. Ésta fue una experiencia que sumó más dolor y angustia a la ya acumulada durante el período en que estuvo obligada a continuar con su embarazo. [...] La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de Comité, la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar. El Comité ha señalado en su Observación general N° 20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores.¹⁴²

Tanto en Chile como en Argentina se han presentado situaciones de mujeres diagnosticadas con embarazo de acráneo, y que por ello solicitan su interrupción. En Chile, contrariamente a Argentina, las solicitudes no han sido judicializadas.¹⁴³

Cuestiones a debatir

Una noción de igualdad lleva a señalar que los beneficios y las cargas de las personas deben ser distribuidas a partir de criterios razonables, esto es, que las normas deben tener en consideración el hecho de que hay grupos que experimentan una carga excesiva.

La maternidad y los riesgos asociados a ésta sitúan a las mujeres en un escenario especial que ningún hombre está en condiciones de experimentar. Por esto la pregunta que habría que hacerse es cómo las mujeres pueden proteger su integridad, hasta qué punto las interpretaciones que se hacen del estándar de estado de necesidad, de las cargas y otros aspectos relacionados con la maternidad ponen en tensión el derecho a la igualdad.

Por otra parte, las concepciones médicas y legales que determinan cuándo se está frente a un aborto, no coinciden. Para la doctrina penal, abortar es interrumpir el proceso gestacional, con o sin expulsión del *conceptus*, independiente-

¹⁴² Observación general N° 20 del Comité de Derechos Humanos: “Prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (art. 7), 10 de marzo de 1992, HRI/GEN/1/Rev 1, par. 2 y 5.

¹⁴³ Se reportaron dos casos de mujeres que a finales de 2002 solicitaron públicamente que se les interrumpiera su embarazo; en un caso se presentaba un embarazo de un acráneo y en el otro se trataba de una gestación de un feto de 61 cromosomas en forma coetánea con una mola. Sólo en el segundo caso la situación se resolvió interrumpiendo el embarazo, señalando que se trató de una interrupción y no de un aborto. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004. Hechos de 2003*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, pp. 226-228. Disponible en <http://www.derechoshumanos.udp.cl>.

mente de la edad gestacional y de si la muerte del producto de la fecundación se produce fuera o dentro del vientre materno. Los médicos, en cambio, entienden el aborto como una interrupción del embarazo hasta cierto límite gestacional; la intervención para extraer al feto pasado ese límite —normalmente sobre las veintidós semanas—, no es considerada abortiva, pues estaría encaminada, simplemente, a adelantar el parto.

Esta distinción permitiría responder médicamente a una situación de sufrimiento de la mujer, eludiendo el tema del aborto, y el caso se reconstruiría estableciendo que en verdad no se trata de un aborto.¹⁴⁴ De esta manera no habría dilema ético o legal cuando los jueces deban decidir: no tendrían que referirse al aborto, sino al adelantamiento de un parto; no se enfrentarían al dilema de privilegiar una entre dos vidas; ese conflicto, que tiende a paralizar a los operadores, encontraría de este modo una salida.

Preguntas

1. Según la decisión del Comité de Derechos Humanos sobre la igualdad de hombres y mujeres (Observación general N° 28, párrafo 10, transcrito abajo), ¿cómo entiende el Comité el derecho a la vida? ¿Cree usted que ha sido consistente con sus propias observaciones?

Los Estados partes, al presentar informes sobre el derecho a la vida, amparado en el artículo 6, deberán aportar datos respecto de las tasas de natalidad y el número de casos de muertes de mujeres en relación con el embarazo o el parto. Deberán también presentar datos desglosados por sexo acerca de las tasas de mortalidad infantil. Igualmente, deberán proporcionar información sobre las medidas que hubiesen adoptado para ayudar a la mujer a prevenir embarazos no deseados y para que no tenga que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida.¹⁴⁵

2. ¿Advierte usted alguna diferencia sustancial entre el artículo 119 y el 120 del Código penal de Perú sobre los requisitos de no punibilidad para el caso de aborto terapéutico?

3. ¿En el caso de Paulina Ramírez v. México se podría aplicar el razonamiento del Comité sobre el tratamiento de trato cruel e inhumano? ¿Podría ser aplicada en ese caso la voz “terapéutico”?

¹⁴⁴ Ver Debora Diniz, “Selective Abortion in Brazil: The Anencephaly Case”, *Developing World Bioethics*, vol. 7, No 2, 2007, pp. 64-67.

¹⁴⁵ CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, CCPR Observación general N° 28. “Igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, 29 de marzo de 2000.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
Silvia Tanus contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires
11 de enero de 2001

Problema jurídico

¿Es posible soslayar la cuestión del aborto cuando la interrupción del embarazo de un anencéfalo es considerada como una inducción del nacimiento? ¿El aborto de un anencéfalo genera un conflicto de derechos?

Hechos

Una mujer recibió autorización para que su parto fuera adelantado o para que mediante una cesárea se pusiera fin a la gestación de un feto anencéfalo. El tribunal de primera instancia autorizó al hospital; el Asesor General de Incapaces interpuso un recurso extraordinario y solicitó la revocatoria de la autorización, en atención a las normas constitucionales, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención de los Derechos del Niño.

Decisión

El tribunal autorizó el procedimiento. Consideró que lo que se haría era inducir un nacimiento; que el feto no moriría como consecuencia del procedimiento, sino de su condición de anencéfalo.

Extractos

[...]

Que el nacimiento no es, en el caso, un medio para causar la muerte del feto. Así lo aseveran los informes médicos que obran en la causa y lo ratifican en el dictamen de la comisión de bioética del establecimiento hospitalario implicado [...]; el fallecimiento sería exclusivamente la consecuencia de su patología congénita.

El alumbramiento sólo pondrá en evidencia que no puede sobrevivir en forma autónoma, sin que la solución que aquí se adopta afecte la protección de su vida desde la concepción, tal como lo establecen el art[ículo] 2 de la ley 23849 aprobatoria sobre la Convención de los Derechos del Niño, y el art[ículo] 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

[...]

Las causas y efectos de los hechos que conducen al fallecimiento calificado como inevitable son parte de un proceso biológico cuyo curso no puede ser alterado por medios científicos ni ello es evidente por sentencia judicial alguna.

[...]

Que debe exponerse, como resumen de lo aquí señalado, que no [se] trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenético [...], ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es —para excluir la protección de su vida— persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida.

En efecto, tales acciones aparecen identificadas con una acción humana enderezada a provocar la muerte del niño durante su gestación.

Por el contrario, lo que aquí se autoriza es la inducción de un nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegura —dentro del margen de toda situación vital— el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir.

[...]

Ésta es una decisión con pleno respeto a la vida desde el momento de la concepción, con gestación de plazo suficiente que comienza el curso del octavo mes o trigésima segunda semana, cuyo resultado no depende de la acción humana, sino de la trágica condición de este niño por nacer: su carencia de cerebro producirá, ante un parto normal, su casi inmediata incapacidad de subsistir, debido a la ausencia de los medios fisiológicos mínimos para la actuación de sus funciones vitales.

Disidencia del ministro Boggiano

En primer lugar, que el *nasciturus* anencefálico tenga derecho a la vida no sólo es un imperativo que deriva de la letra de las disposiciones transcritas sino de la armonización de éstas con el resto del ordenamiento constitucional vigente en materia de derechos humanos [...] ello es así, debido a que no existe una sola norma en ese ámbito, que, en lo concerniente al derecho en cuestión, efectúe algún distingo limitándolo, por ejemplo, a cierto tipo de infantes con determinadas características fenotípicas, fisonómicas o, en suma, distinguibles desde el campo de la ciencia médica; tampoco se advierte que la protección de la vida de los niños esté restringida a una clase determinada de situaciones o bien que, lisa y llanamente esté excluida en casos como el que aquí se juzga.

Con tal comprensión no corresponde que los jueces creen —so pretexto de llenar vacíos legales inexistentes— situaciones de excepción que reduzcan el ámbito subjetivo del derecho aludido; y ello, no sólo porque si así obraran estarían desbordando el cauce dentro del cual la Constitución les impone que ejerzan su función, sino porque además incurrirían en una exégesis parcializada de los tratados internacionales de derechos humanos, lo que es contrario a normas hermenéuticas expresas; así, por ejemplo está prohibido “permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que lo previsto en ella”, al tiempo que está vedado “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de

acuerdo con otra convención en que sea parte única de dichos Estados” (conf. art. 29, apartados a y b del Pacto de San José de Costa Rica).

Por lo demás, cualquier magistrado que restringiera irrazonablemente el derecho a la vida negándoselo, por ejemplo, a personas que padecen patologías físicas —tal lo que sucede en autos— incurriría en una discriminación arbitraria. En este sentido el art[ículo] 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que

1. Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales [...]

Lo cual concuerda con el principio de igualdad consagrado por nuestra Ley Fundamental y reafirmado por tratados de rango constitucional (conf. art[ículo]s 16 de la Constitución Nacional, 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 24 del Pacto de San José de Costa Rica; 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros).

Llama la atención que, en este orden de consideraciones, ninguno de los votos que conformaron la mayoría del fallo recurrido haya dedicado una sola línea a la hermenéutica de las normas constitucionales aludidas, sea para darles un sentido distinto del que tienen, sea para confrontarlas con otras de igual rango y concluir en su inaplicabilidad.

Sin embargo, corresponde tratar aquí uno de los argumentos expuestos por el vocal preopinante al que adhirieron los restantes miembros del tribunal *a quo*. Se trata del que se refiere a la calificación jurídica de la autorización pedida por la actora; el magistrado concluye en que no es aborto porque ya que dicho delito es una figura de resultado, para que él se configure es preciso “el resultado de la muerte”, “ordinariamente del feto, intrauterinamente (expulsión de restos), en ocasiones de una persona viva que muere en razón de la expulsión prematura. He aquí el elemento faltante. La muerte debe ser el producto de la expulsión prematura”, mas “Tanto la Sra. Tanus, como los médicos que practiquen eventualmente la operación, anticiparán la vida exterior del *nasciturus*, no la inmolarán” [...]. Cabe aquí formular una reflexión: es un hecho comprobado por el diagnóstico de los médicos intervinientes agregado al expediente que una vez el recién nacido sea separado del cuerpo de su madre tendrá una sobrevida corta (vgr. ver informe del Comité de bioética del Hospital Materno Infantil “Ramós Sardá” obrante a fs. 58); así corresponde citar al testigo experto doctor Ricardo Horacio Illia quien “Señala en forma categórica la ausencia de viabilidad. Ningún anencéfalo sobrevive más del término del tiempo

[...] antes señalado, con un máximo de 12 horas”. En tales circunstancias el vocal referido omitió pronunciarse sobre el nudo de la cuestión, esto es, si el anticipo del parto —que implicaba exponer a una muerte segura a una persona recién nacida— constituía una clara violación a las claras normas constitucionales involucradas; aun más, omitió ponderar si, frente a ese interrogante la conducta de las autoridades del nosocomio era arbitraria.

Es que, conviene resaltarlo, quien adelanta un evento anticipa sus consecuencias; si a los nueve meses la persona anencefálica que nace por parto espontáneo tiene una sobrevida aproximada de doce horas, resulta evidente que la inducción del parto a los, digamos, seis meses, determinará la muerte del sujeto a los seis meses y doce horas.

Lo que la sentencia recurrida no trata es la afectación del derecho del *nasciturus* a seguir viviendo durante el lapso diferencial apuntado; y los argumentos dados por el sentenciante referidos a que “de todas maneras morirá” encubren una elíptica pero segura condena a muerte por anticipado, ello con apoyo en la “exigua cantidad de tiempo” que la persona anencefálica tiene de vida, como si tal circunstancia afectara sustancialmente la calidad de persona o la protección jurídica de ésta. Para exponerlo crudamente y así contrastarlo con las normas constitucionales examinadas, en el fallo subyace la siguiente fórmula: “si la persona anencefálica ha de morir de todas maneras, entonces que muera cuanto antes”.

La normativa clínica sobre el tratamiento del aborto provocado en condiciones de riesgo en Uruguay es un ejemplo de otra forma de tratar estos casos. Se establece allí que, a fin de prevenir el daño que produce esta práctica, es importante tomar las medidas necesarias para minimizar sus riesgos. Así, dispone que existe “un antes” y un “después” del aborto de riesgo.¹⁴⁶ El objetivo es la detección precoz y la prevención de complicaciones, la rehabilitación integral y el desarrollo de medidas de anticoncepción inmediatas.

La guía establece que la consulta donde se refiere un embarazo no deseado se divide en cinco etapas, que se informe sobre su confidencialidad, que tanto la consulta como lo que se informe se enmarque en una norma técnica y legal, y que se asegure que la mujer pueda tomar decisiones responsables.

¹⁴⁶ “Iniciativas sanitarias contra el aborto provocado en condiciones de riesgo. Normativa de atención sanitaria y guías de práctica clínica de la ordenanza 369/04 del MPS”, República Oriental del Uruguay, agosto de 2004, pp. 7-8.

República Oriental del Uruguay
Iniciativas sanitarias contra el aborto provocado en condiciones de riesgo
Normativa de atención sanitaria y guías de práctica clínica de la ordenanza
369/04 del MPS
Agosto de 2004

Extractos

2. Intervenciones de apoyo

2 a. Intervenciones de acuerdo al marco conceptual

Principio de autonomía (autonomía significa autogobierno). El médico deberá brindarle a la persona los conocimientos adecuados sobre la materia que va a decidir. La información debe ser dada sin ser manipulada ni acompañada de coacción o subjetividad y con un respeto irrestricto hacia el planteo, decisión u opinión de la usuaria/paciente sobre el tema. Abstenerse de dar una opinión no profesional, o inmiscuir la opinión o postura personal que se tenga sobre la temática.

Principio de beneficencia (no al modelo hipocrático paternalista). Quien debe decidir lo que corresponde al bien para el paciente, es justamente el paciente. La usuaria debe autorizarnos a actuar en su bien, de acuerdo con lo que ella (según sus criterios y valores) considere beneficioso. No se debe agregar, con valoraciones personales, preocupaciones, males o desconfianza a la usuaria.

[...]

2 c. Intervención educativa preventiva

Información sobre la situación legal del aborto en el país. Se explicará que bajo el marco legal vigente, el aborto es considerado delito. Se informará exhaustivamente asimismo sobre la figura legal denominada “aborto privilegiado”.

Información sobre posibilidades alternativas al aborto. Nos referimos a informar sobre las posibilidades de dar en adopción.

Información sobre prácticas de mayor riesgo. Se debe informar profundamente, sobre cuáles son las prácticas de mayor probabilidad de riesgo. Estas prácticas se pueden caracterizar, como las de mayor riesgo, en base a que la mayor cantidad de complicaciones infecciosas, sepsis y muertes reportadas, usaron alguno o más de uno de estos procedimientos:

- Maniobras de introducción de elementos en la cavidad uterina: tallos de perejil, agujas de coser u otros elementos punzantes.
- Maniobras realizadas por terceros: colocación de sonda vesical intrauterina.
- Infusiones y “lavados”: té de ruda, perejil, carachipitá, etc.

- Introducción intravaginal de cáusticos; pastillas de permanganato de potasio.
- Clínicas abortivas.
- Otros, que la paciente refiera conocer.

Información sobre prácticas de menor riesgo. Basados en los datos internacionales, se debe informar que entre los procedimientos más seguros, y dependiendo de la edad gestacional del embarazo, se encuentran:

- Con aval científico hasta [nueve] semanas de amenorrea —Mifepristone (RU 486), y Prostaglandinas (misoprostol) como uso único o junto a metotrexate.
- Luego de esa edad gestacional: legrado espirativo o legrado instrumental, realizado por personal médico.
- En ningún caso se podrá recetar fármacos abortivos, facilitar recetas, indicar direcciones de clínicas abortivas, colocación intravaginal de fármacos abortivos.

Información sobre signos y síntomas importantes. Se explicará exhaustivamente sobre signos y síntomas sospechosos de complicaciones (infección o hemorragia), como así también de los normales.¹⁴⁷

Cuestiones a debatir

En la mayoría de los casos de anencefalia se ha nombrado, en representación del que está por nacer, un curador *ad litem*, cuya principal argumentación, en éste y otros casos, es que reconociendo los efectos en la salud de la mujer, el solo adelantamiento del parto constituye acortar la vida del que está por nacer, actitud contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos. La jurisprudencia de los tribunales superiores ha considerado que la inducción autorizada del parto es lícito. Hooft, en todo caso, advierte que, además de la certeza del diagnóstico médico, la edad gestacional del feto es relevante,¹⁴⁸ agrega que la anencefalia constituye una diferencia moral sustantiva, razón por la cual no hay problema en autorizar el aborto, y que comparte la opinión de que “no es propio en este caso hablar de ‘aborto’, por toda la connotación ética, social y legal que dicho término trae aparejado”.¹⁴⁹

A los casos de anencefalia que pueden resultar en abortos por indicación terapéutica —si tiene por objeto proteger la salud de la mujer (física o mental)—,

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 12-13.

¹⁴⁸ P. Hooft, “Bioética y jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 224.

¹⁴⁹ P. Hooft, “Anencefalia: consideraciones bioéticas y jurídicas. ¿La ausencia de un substrato biológico mínimo genera diferencia moral?”, *op. cit.*, p. 272.

o eugenésica, se les suele denominar “autorización para el adelantamiento de parto”.¹⁵⁰ De esta manera, para resolver el caso, los jueces parecen optar por el lenguaje médico sobre el lenguaje jurídico. En suma, los operadores buscan dar respuestas concretas a situaciones acuciantes para las mujeres, y una forma es evitando que la situación sea etiquetada de aborto. Esto ha impedido el desarrollo de una jurisprudencia que se haga cargo de los hechos que están a la base del caso, esto es, el aborto no punible según ciertas consideraciones. Por otra parte, en la medida en que los casos se tratan como adelantamiento de partos, la discusión se concentra en el reconocimiento de la persona del no nato en contraposición de los derechos de la persona nacida —mujer—.

Preguntas

1. ¿Sería posible argumentar y sostener la práctica del aborto de un feto anencefálico cuya edad gestacional esté bajo el umbral de las veinte semanas de vida? ¿Qué normas o derechos invocaría? ¿ Los jueces podrían eludir la cuestión del aborto?

2. En muchos de los casos de anencefalia se invoca el derecho de la familia como el derecho afectado. ¿Considera usted que la aceptación de los derechos de la familia puede debilitar la posición de la mujer en tanto ser autónomo que decide por sí misma?

3. Considere hasta qué punto las decisiones de “lo terapéutico” dejan la decisión del aborto totalmente en manos de la comunidad médica.

4. ¿Cómo entienden las autoridades el concepto de salud, de acuerdo con la “Normativa de atención sanitaria y guías de práctica clínica” de la República Oriental del Uruguay? Considere y discuta si esta guía, por el hecho de no evitar el aborto provocado, puede ser contradictoria.

5. ¿Cuál es el propósito de una disposición como la uruguaya, según la cual el médico que tiene conocimiento de un aborto debe notificarlo al Ministerio de Salud Pública sin revelar nombres (ley 9763, art. 3.3)? ¿Cómo podría argumentar usted, en el contexto de un régimen restrictivo del aborto, que esta medida no debe ser considerada como partícipe del delito?

¹⁵⁰ En Brasil se han planteado algunos casos en el mismo sentido: los jueces autorizan el adelantamiento de parto. Ver Lucía de Lourdes Ferreira Da Costa, Ellen Hardy, María José Duarte Osis, Anibal Faúndes, “Termination of Pregnancy for Fetal Abnormality Incompatible with Life: Women’s Experiences in Brazil”, *Reproductive Health Matters*, vol. 13, N° 26, 2005, pp. 139-146.

III. SALUD, TECNOLOGÍA Y ANTICONCEPCIÓN

Desde hace algunas décadas, los tribunales de justicia se han constituido en espacios de discusión en torno al derecho que tienen las personas de decidir. Las acciones judiciales, en algunos casos, han sido promovidas por hombres y mujeres cuyo derecho a la autodeterminación se encuentra en entredicho por la acción u omisión de funcionarios o profesionales de salud, y que han buscado la reafirmación y ejercicio de esos derechos vulnerados a través del litigio.¹⁵¹

Sin embargo, América Latina también ha visto cómo se judicializan las políticas públicas desarrolladas por los gobiernos y la regulación en materia de salud, particularmente la salud sexual y reproductiva cuando contradice posturas que rechazan la noción de autonomía. Si bien la aparición de grupos militantes detractores de los métodos anticonceptivos modernos ha llevado a los estrados judiciales la autorización para entregar, comercializar o distribuir anticoncepción de emergencia, también se ha obstaculizado el uso de nuevas técnicas de reproducción asistida.

La autorización de registro, entrega y venta de anticoncepción de emergencia ha sido litigada en Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú. En algunos casos las acciones judiciales han sido promovidas directamente por la Iglesia —es el caso del proceso administrativo en contra de Profamilia en el Invima¹⁵²— o por organizaciones católicas cercanas a la jerarquía eclesiástica, como la organización Portal de Belén en Argentina.¹⁵³

Las objeciones que hacen los detractores a estos métodos se centran en el hecho de que éstos no operan como medios anticonceptivos; alegan que impedir la implantación de un huevo fecundado en las paredes del útero equivale a un aborto; añaden que el *conceptus*, de existir, tendría una especial protección a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, de acuerdo con el

¹⁵¹ Ver L. Cabal, M. Roa y L. Sepúlveda-Oliva, “What Role can International Litigation Play in the Promotion and Advancement of Reproductive Rights in Latin America?”, *op. cit.*, pp. 51-88.

¹⁵² Ver Profamilia, *Anticoncepción de emergencia: un derecho de la mujer. La experiencia de Colombia*, Profamilia, Bogotá, 2001; Lidia Casas, “La batalla de la píldora: el acceso de anticoncepción de emergencia en América Latina”, *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004; María Lourdes Motta Murguía, “Mecanismos de democracia deliberativa al servicio de los derechos sexuales y reproductivos: el caso de la anticoncepción de emergencia en México”, en Luisa Cabal y Cristina Motta, eds., *Más allá del Derecho: justicia y género en América Latina*, Siglo del Hombre Editores y Center of Reproductive Rights, Bogotá, 2005; Lidia Casas y Jorge Contesse, “La píldora del día después”, disponible en www.direitovg.com.br/casoteca/casosEspanhol.aspx?PagId=DKGCTRVO.

¹⁵³ Ver “Ginés criticó la intolerancia de la entidad Portal de Belén. El Ministro fue denunciado por el número de abortos”, disponible en www.msal.gov.ar/hm/site/prensa_opinion-20.asp.

artículo 4.1, y la Convención de los Derechos del Niño —esta última entiende que todo ser humano, menor de 18 años, es niño—. ¹⁵⁴

La línea de este razonamiento cuestiona también las técnicas de reproducción asistida. Se aduce la manipulación y muerte de embriones preimplantados. Los argumentos, en ambos casos, son similares:

Para aquellos que quieran argumentar que el no nacido, particularmente durante el primer trimestre de gestación, no es ser humano integralmente porque no posee las características de autoconciencia, intuición, pensamiento, memoria, imaginación, y por tanto no merece de los mismos derechos y protecciones que se dan al nacido, hay que decir que aunque tales características no están todavía desarrolladas en el cigoto, están presentes en los genes para el desarrollo del cerebro, donde estas capacidades se encuentran. ¹⁵⁵

A partir de esta argumentación, se sostiene que el concebido es persona:

[...] se trata nada más —¡ni nada menos!— que hacer realidad lo que Andrés Bello fijó en nuestro Código civil (art[ículo] 55 del Código civil de Chile) en una norma verdaderamente vanguardista y hasta hoy desafiante: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. ¹⁵⁶

Al igual que cuando se argumenta en contra de los abortos no punibles, en estos casos también se invocan las obligaciones internacionales de derechos humanos, particularmente el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Según éste, “Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”. Las disposiciones de la Convención Americana y de la Convención de los Derechos del Niño gozan de jerarquía constitucional o supraconstitucional en aquellos Estados que han ratificado sus instrumentos. ¹⁵⁷

¹⁵⁴ Artículo 1º de la Convención sobre los Derechos de los Niños, adoptada el 20 de noviembre de 1989.

¹⁵⁵ Eduardo Rodríguez Yunta, “Derechos del cigoto desde una perspectiva biológica y metafísica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 2, 2001, pp. 263-264.

¹⁵⁶ Hernán Corral, “Biotecnología y procreación artificial: hacia una regulación jurídica respetuosa del ser humano”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 196, Año LXII, julio-diciembre de 1994, p. 58.

¹⁵⁷ L. Cabal, M. Roa, y L. Sepúlveda-Oliva, “What Role can International Litigation Play in the Promotion and Advancement of Reproductive Rights in Latin America?”, *op. cit.*, p. 54.

La objeción se basa en sostener que cualquier interpretación de normas sustantivas o procesales debe ocurrir a la luz de las obligaciones internacionales sobre el respeto al derecho a la vida.¹⁵⁸ Sin embargo, ésta desconoce la interpretación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos trazó sobre el derecho a la vida en el caso “Baby Boy”.¹⁵⁹ La mayoría de los comisionados, remitiéndose a los trabajos preparatorios como fuente auxiliar de interpretación de los tratados, establecieron que la fórmula literal usada en el artículo 4.1 de la Convención no tenía como propósito prohibir el aborto, sino que dejaba en manos de cada Estado la futura regulación sobre la materia. Así, la autorización del aborto, de acuerdo a la legislación interna, no podría ser considerada contraria a la Convención. La Comisión señaló que

[...] la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana [...].¹⁶⁰

Quienes apoyan sus posturas en la protección del derecho a la vida desde la concepción, en ocasiones alteran el lenguaje que utiliza la propia Convención. Como lo señala Alejandro Montiel, las implicancias legales de la cláusula que señala “en general, desde el momento de la concepción”, son muy distintas de las que tendría si se dijera “desde el momento de la concepción”.¹⁶¹ Considerando las deliberaciones que rodearon el origen de esta frase en particular, sería erróneo sostener que el derecho a la vida supone una prohibición absoluta del

¹⁵⁸ La introducción del anticonceptivo hormonal de emergencia, también conocido como la píldora del día después, ha sido materia de litigio en distintos países del continente —Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú—. Los detractores de este anticonceptivo fundan sus peticiones en el supuesto efecto anti-implantatorio, que a su juicio sería contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁵⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 23/81, Caso 2141, Estados Unidos, 6 de marzo de 1981, disponible en www.wcl.american.edu/humright/digest/sp1980/2381. cfm. Este caso trata de una denuncia en contra de los Estados Unidos por la realización de un aborto. Dado que Estados Unidos no era —no lo es hasta la fecha— signatario de la Convención Americana, se dedujo denuncia con base en la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948 en relación con el artículo 4.1 de la Convención.

¹⁶⁰ *Ibid.* Considerando 15.6.

¹⁶¹ Alejandro Montiel Argüello, “El derecho a la vida y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Rafael Nieto, ed., *Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 1994.

aborto.¹⁶² La formulación de esta cláusula, al igual que el voto de minoría en “Baby Boy”,¹⁶³ revelan la influencia de las convicciones religiosas de quienes participaron en la formulación de la Convención, así como las de los comisionados.¹⁶⁴ Se podría afirmar que este problema se reproduce una y otra vez en las decisiones de los tribunales de América Latina, que éstas desconocen las bases de la separación Estado e Iglesia,¹⁶⁵ y que renuncian a una argumentación válida entre aquellos que profesan distintos credos o creencias.¹⁶⁶ Cabe recordar que la mayoría de los Estados latinoamericanos hacen una distinción entre Estado e Iglesia. Aun cuando la separación no se produzca, como en Argentina, donde la Constitución establece —*inter alia*— que la religión oficial del gobierno federal es la católica, apostólica y romana, los ciudadanos gozan del derecho a la libertad de conciencia y religión.¹⁶⁷

Cecilia Medina considera que la interpretación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es “pro-persona y dinámica”.¹⁶⁸ Esto, en algunos círculos académicos, se entiende como prohibitiva del aborto.¹⁶⁹ Medina, sin embargo, argumenta que la mujer es persona —y titular de todos los derechos— tanto en los ordenamientos jurídicos domésticos como en la Convención Americana, y que el feto es dependiente de la madre: éste, en cambio, no es persona, no puede, por sí mismo, ser titular de derechos. La autora

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ El voto disidente del comisionado Monroy Cabra señala en el párrafo 8º: “La interrupción intencional, ilegítima del proceso fisiológico de la gravidez, con destrucción del embrión o muerte del feto, constituye indudablemente un atentado contra la vida y por ende una violación al artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. El vientre materno en que se prende la llama de la vida es sagrado y no puede profanarse para apagar lo que Dios ha creado a su imagen y semejanza. Ya se ha repetido que desde el punto de vista biológico la vida humana existe desde el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, y, más concretamente, desde cuando se efectúa la anidación del ovocito en el útero”.

¹⁶⁴ C. Medina, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, op. cit., p. 69.

¹⁶⁵ En el caso Insaurrealde, citado arriba, se puede advertir cómo el juez Ulla razona a partir del magisterio de la iglesia Católica.

¹⁶⁶ Un ejemplo es el caso seguido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Olmedo y otros contra Chile, por la censura impuesta por la Corte de Apelaciones de Santiago y confirmada por la Corte Suprema de la exhibición de la película *La última tentación de Cristo*.

¹⁶⁷ Artículo 2 de la Constitución de la nación argentina.

¹⁶⁸ C. Medina, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, op. cit., pp. 73-78.

¹⁶⁹ En este sentido, se puede revisar el voto disidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, y posteriormente el fallo de la Corte Suprema en mayo y agosto de 2001 en el juicio en contra de la comercialización de la anticoncepción de emergencia. Ver los anexos del caso disponibles en www.direitogv.com.br/casoteca/default.aspx?pagid=KPDIQJTI&menuid=137.

niega la personalidad del feto; afirma que, de tenerla, no habría sido necesaria una mención expresa en la Convención para darle protección. Por otra parte, otorgar protección no equivale a reconocer la calidad de persona.¹⁷⁰ Por último, la protección que recibe el no nato es a través de la madre. La disposición del Protocolo de San Salvador, que establece que los Estados parte se obligan a conceder atención y ayuda especiales a las madres antes y durante un lapso razonable después del parto, es prueba de ello.¹⁷¹

La pugna en torno a la autorización de la anticoncepción en Chile, así como en el resto de América Latina, se ha desplegado mediante una estrategia judicial que demanda a las autoridades sanitarias que autorizan el método,¹⁷² o que impugna las normas que incluyen este método entre los anticonceptivos de los programas nacionales de procreación responsable.¹⁷³ La anticoncepción de emergencia, también conocida como la “píldora del día después”, es un método que puede usarse hasta 72 horas después de un coito sin protección anticonceptiva, la falla de método o la agresión sexual. No es un método cuyo uso se pueda convertir en regular, pues su eficacia se reduce a medida que más se acude a su uso. El cuestionamiento que se le hace se centra en la falta de certeza sobre un posible efecto anti-implantatorio que, de producirse, sería para sus detractores equivalente a un aborto.¹⁷⁴ Los argumentos que rechazan las técnicas de reproducción asistida son similares: manipulación de embriones y pérdidas de vidas.

A. PRIMER PROBLEMA: LA ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA

Las polémicas en torno a este anticonceptivo, en América Latina, son equiparables y han sido constantes. A petición de organizaciones anti-aborto, que con-

¹⁷⁰ C. Medina, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, op. cit., p. 75. Se pueden revisar también las decisiones de otros órganos internacionales en Patricia Palacios, “La aplicabilidad del derecho a la vida al embrión o feto en la jurisprudencia internacional durante 2004”, en *Anuario de Derechos Humanos 2005*, pp. 75-80. Disponible en www.anuariodh.uchile.cl. Ver también Rhonda Copelon, Christina Zampas, Elizabeth Brusie y Jacqueline de Vore, “Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights”, *Reproductive Health Matters*, vol. 13, N° 26, 2005, pp. 120-129.

¹⁷¹ *Ibíd.*

¹⁷² Como en el caso de Chile y Colombia.

¹⁷³ Están las demandas en Ecuador, México, el debate político y judicial en Perú, y recientemente en Chile.

¹⁷⁴ Arturo Fermandois, “La píldora del día después: aspectos normativos”, *Revista Estudios Públicos*, N° 95, 2004. Disponible en <http://www.cepchile.cl>.

sideran que la píldora es abortiva,¹⁷⁵ la Corte Suprema de Justicia de Argentina prohibió su venta en marzo del año 2002. En abril del 2004, el Ministerio de Planificación Social de Colombia ordenó a las autoridades locales que distribuyeran la droga, a pesar del rechazo explícito y de la intervención directa de la Iglesia católica, que echó a andar un litigio sobre la legalidad del fármaco.¹⁷⁶ En México, sus detractores presentaron una demanda de inconstitucionalidad por la aprobación de la normativa técnica de regulación de la fecundidad que incluye la anticoncepción de emergencia, caso que fue finalmente desestimado por los tribunales aduciendo la falta de legitimación activa del demandante. Una situación similar se produjo en Chile, cuando un grupo de diputados presentó en septiembre del 2006 un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en contra de las “Normas nacionales de regulación de la fecundidad”,¹⁷⁷ a pesar de que un fallo de la Corte Suprema, de noviembre del 2005, declarara que no había antecedentes que invalidaran el registro farmacéutico de una marca comercial del anticonceptivo por razones de constitucionalidad.

En Perú, en octubre del 2004, un grupo de congresistas acusó constitucionalmente a la Ministra de Salud por permitir la distribución de una droga considerada por muchos como abortiva,¹⁷⁸ mientras que un grupo de mujeres instaba judicialmente al cumplimiento de las normas técnicas de salud que expresamente incluían la píldora hormonal de emergencia entre los anticonceptivos del plan de salud de esa repartición pública.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Ver el sitio de la Fundación 25 de Marzo, demandante en el caso argentino <http://www.fundacion25demarzo.com.ar/contenidos.htm>.

¹⁷⁶ Profamilia, *Anticoncepción de emergencia. Un derecho de la mujer. La experiencia colombiana*, International Planned Parenthood Federation y Profamilia, Bogotá, 2001.

¹⁷⁷ En enero del 2007, el Tribunal constitucional chileno, en voto dividido y sin pronunciarse sobre el fondo, acogió el requerimiento por razones de forma, aduciendo que por tratarse de materias que podrían comprometer derechos constitucionales, la norma debía expedirse a través de un decreto supremo y por orden de la Presidenta de la República. La presidenta Bachelet firmó el decreto en febrero, y los diputados presentaron un nuevo requerimiento en el que se impugna la constitucionalidad de la norma en la que se instruye sobre la anticoncepción de emergencia, las pastillas combinadas, los dispositivos intrauterinos, por considerarlos abortivos, y la consejería a los adolescentes sin el consentimiento de sus padres. Al cierre de la edición de este capítulo, no se conocían los resultados de esta presentación.

¹⁷⁸ Disponible en www.minsa.gob.pe/ministros/ministra_mazzetti/entrevistas/121004612.htm, y www.asesor.com.pe/laencuesta/mar12oct04.htm. Ver Susana Chávez y Anna Brito Coe, “Emergency Contraception in Peru: Shifting Government and Donor Policies and Influences”, *Reproductive Health Matters*, vol. 15, N° 29, 2007, pp. 139-148.

¹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Chávez Alvarado, Susana y otras, Expediente N° 7435-2006-PC/TC, 13 de noviembre de 2006.

Así como en cada uno de estos casos se trató de que aquellos actos que habrían autorizado el registro, la comercialización o la distribución del anticonceptivo fueran declarados inconstitucionales, desde el punto de vista del derecho de las personas a decidir se ha argumentado que negar el acceso a este anticonceptivo vulnera el principio básico de autodeterminación y de regulación de la fecundidad, *inter alia*, el derecho a la salud.

Tribunal Constitucional de Perú
Susana Chávez Alvarado y otras
Expediente N° 7435-2006-PC/TC
13 de noviembre de 2006

Problema jurídico

¿Se puede hablar de violación de derechos y discriminación arbitraria si en los establecimientos privados de salud las mujeres pueden acceder a los anticonceptivos, pero éstos no son administrados libremente en los establecimientos públicos?

Hechos

Las resoluciones ministeriales 465-99-SA/DM y 399-2001-SA/DM estipulan que se informe a los ciudadanos sobre el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) y se garantice su provisión en todos los establecimientos de salud a su cargo. En virtud de la primera resolución, el Ministerio de Salud aprobó las normas de planificación familiar, con el objetivo de poner a disposición de la población “la más amplia información y servicios de calidad para que puedan alcanzar sus ideales reproductivos”; la segunda resolución amplió las normas de planificación familiar e incluyó al AOE como uno de los métodos anticonceptivos.

Ninguna de las disposiciones se cumple, lo que configuraría un incumplimiento que interfiere con el goce de varios derechos reconocidos en la Constitución, en los tratados de derechos humanos y en la ley.

Decisión

El Tribunal consideró que el Ministerio de Salud debe poner al alcance de los ciudadanos la información sobre el AOE, al igual que la relativa a otros métodos anticonceptivos. Declaró fundada la acción de cumplimiento, e instó a seguir las resoluciones vigentes.

Extractos

[...]

Este Colegiado estima que el primer extremo del petitorio debe ser amparado, en el sentido de que el Ministerio de Salud debe poner la información sobre el AOE al alcance de los ciudadanos al igual que la información relativa a otros métodos an-

tionceptivos. Igualmente, las recurrentes también han probado que el Ministerio de Salud no cumple el mandato de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos.

[...]

El voto razonado del magistrado Mesía Ramírez concordando con la mayoría estimó:

[...]

Derecho de igualdad

Las demandantes manifiestan que la renuencia del Ministerio de Salud a cumplir con las resoluciones ministeriales conlleva una discriminación en perjuicio de las mujeres más pobres que no pueden acceder al uso del AOE mediante su compra en las farmacias. No comparto dicho criterio porque la decisión estatal de no repartir el AOE no se dirige a un sector determinado de la población sino que tiene un alcance general. No es una negativa a entregar la píldora a cierta clase de mujeres, sino que constituye una decisión de no repartirla a nadie.

No obstante, no encuentro razonable que si el AOE se vende libremente en las farmacias, el Estado se niegue a entregarlas en las dependencias estatales a las mujeres de toda condición social, económica y cultural, previa información en el marco de las políticas nacionales de salud y de planificación familiar. Más aún cuando existe normatividad vigente que obliga a ello.

[...]

Derecho a recibir información

[...]

En cuanto a lo que es materia del presente proceso, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos es el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer consagrados en el artículo 6° de la Constitución. [...] En consecuencia, el derecho a la información sobre los métodos anticonceptivos constituye una forma de concretizar el principio de dignidad de la persona humana y forma parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática, porque posibilita el ejercicio de los derechos sexuales de modo libre, consciente y responsable.

Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía

Considero que el derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona.

[...]

En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo [...].

No pretendo con estas interpretaciones legalizar el aborto, ya que es obvio que existen diferencias sustanciales entre el uso del AOE, que se ingiere en un lapso de incertidumbre porque la mujer no sabe a ciencia cierta si está o no embarazada; y una conducta típica, antijurídica y culpable, como es el aborto, que se consuma con la expulsión violenta del no nato. Se trata, pues, de situaciones que tienen una connotación y alcance distinto y que deben recibir del derecho penal y del orden constitucional también un tratamiento diferente.

La utilización o no del AOE es un asunto de libertad de conciencia, situación ante la cual el Estado no puede intervenir. No obstante, se puede restringir su uso en los establecimientos públicos de salud, condicionándolo a un sistema de indicaciones que es competencia del legislador determinar. Este sistema puede estar basado en los siguientes acontecimientos:

– *Motivaciones terapéuticas o médicas*: para evitar que el embarazo ocasione un grave daño para la vida o salud de la madre.

– *Motivación criminológica*: para evitar el embarazo por violación sexual.

– *Motivaciones eugenésicas*: cuando es probable que el concebido conlleve al nacimiento graves taras físicas.

[...]

De acuerdo con cifras recientes del Instituto Nacional de Estadística e Informática, en el año 2005 hubo 6.268 denuncias de violación de la libertad sexual [...]. El 73% de mujeres víctimas de violación sexual son menores de 18 años de edad frente al 21% que ya alcanzaron la mayoría de edad.

Esta situación social y económica que coloca a la mujer en grave estado de indefensión no puede escapar al intérprete de la Constitución. Los derechos de la mujer no pueden defenderse en sede de la justicia constitucional si quien está llamado a defenderlos no toma en cuenta los aspectos sociales, económicos y culturales que los determinan.

[...]

Derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral de la mujer

[...]

La Organización de las Naciones Unidas ha señalado que la tasa de mortalidad materna podría disminuir entre 20% y 35% si se previenen embarazos involuntarios mediante el acceso a la planificación familiar.

[...]

La realidad social le impone al Estado la obligación objetiva de hacer todo cuanto esté a su alcance para evitar que las mujeres mueran por abortos clandestinos. El AOE puede jugar en ese sentido un papel gravitante.

[...]

[S]i la violación sexual afecta la esfera psíquica, social y existencial, el aborto criminalológico puede obviarse como un daño adicional al grave trauma que significa un trato sexual no deseado, si se permite el uso del AOE. No es razonable, en consecuencia, que el Estado permita un doble padecimiento a las mujeres cuyo poder adquisitivo insuficiente no les permite acudir a las farmacias donde el AOE se expende libremente con la aquiescencia de la administración pública.

[...]

Derecho a la salud

Creo, finalmente, que el derecho a la salud se encuentra directamente vinculado con el derecho a la vida, cuando la política estatal de planificación familiar soslaya una realidad manifiestamente palmaria, como es la práctica de abortos indiscriminados, clandestinos e insalubres, que conllevan un incumplimiento del artículo 11° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que a la letra dice: “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales”.

También constituyen atentado a la salud los embarazos que ponen en riesgo la vida de la madre, los que conllevan una malformación congénita incompatible con la vida uterina; aquellos que son el resultado de un abuso sexual, o los que tienen lugar por inseminación artificial o transfusión de óvulos no consentidos, en la medida en que representan una vulneración de la integridad física, psíquica y moral.

Éstos son diversos aspectos que pudieron ser desarrollados en el presente caso y si bien la mayoría estimó innecesario plantearlos, los pongo en consideración de la ciudadanía como una contribución al tema de los derechos reproductivos desde la óptica del derecho constitucional.

Cuestiones a debatir

Las políticas públicas en salud fueron desarrolladas a partir de la década de los años setenta como una forma de hacer frente a problemas de salud de la población, control de la natalidad y reducción de la pobreza. En ese contexto, los servicios de anticoncepción y su tecnología ingresaron a los servicios de salud de América Latina y el Caribe, sin necesidad de asegurar o consagrar su acceso en el marco normativo, y pese a los reclamos de sectores eclesíásticos sobre el

uso de métodos de regulación de la fecundidad. La historia revela que el acceso a los métodos anticonceptivos en América Latina no fue judicializado.

El mercado de anticonceptivos, por su parte, abasteció a la población en las farmacias. El registro y la autorización de la tecnología anticonceptiva, en principio, no encontró trabas. Sin embargo, el paulatino crecimiento y el poder de sectores sociales y políticos contrarios al uso de estos métodos creó un clima tal, que el uso de métodos anticonceptivos, en los servicios de salud públicos, comenzó a exigir una reglamentación normativa expresa, aun cuando se encontrara disponible en el mercado. Un aparato estatal ineficiente o altamente burocratizado, o la presencia de autoridades renuentes, pueden entorpecer el acceso a los métodos anticonceptivos y perpetuar la vulneración de derechos de igualdad de las mujeres.

Preguntas

1. Considere si el voto razonado del juez que redacta los extractos es consistente con su razonamiento sobre los derechos reproductivos de las mujeres. ¿Le parece razonable la distinción entre discriminación y equidad?

2. ¿Que significaría aceptar la propuesta que éste hace de entregar el anticonceptivo previa regulación reglamentaria o legal? ¿Qué problemas prácticos se podrían presentar?

3. ¿Qué limitaciones advierte en el voto razonado sobre el uso de AOE y el aborto? ¿Es consistente con su argumentación sobre los costos asociados al aborto clandestino?

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Las técnicas de reproducción asistida son una manifestación del desarrollo de la ciencia frente a los problemas de fecundidad que no necesariamente responden a una enfermedad.¹⁸⁰ En el caso de las mujeres, algunas de las causas que subyacen a la infertilidad adquirida son infecciones de transmisión sexual como la clamidia, la gonorrea o infecciones pelvianas crónicas.¹⁸¹ Concebida como “una técnica esencialmente terapéutica indicada médicamente para dar descendencia a una pareja que no puede procrear”, no debería ser objeto de objeciones morales fuertes.¹⁸² Sin embargo, la resistencia a concebirla como

¹⁸⁰ R. Cook, B. Dickens y M. Fathalla, *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho*, op. cit., p. 298.

¹⁸¹ *Ibid.* p. 299.

¹⁸² H. Corral, “Biotecnología y procreación artificial: hacia una regulación jurídica respetuosa del ser humano”, op. cit., p. 47.

una técnica moralmente aceptable surge de razones asociadas a la supuesta vulneración de la dignidad de la vida humana cuando se manipula, se congela y, eventualmente, se desechan embriones. Quienes ven la reproducción asistida como un problema moral, generalmente condenan el uso que de ésta hacen las mujeres solas o las lesbianas.¹⁸³

Cabe recordar que la salud va más allá de los aspectos asociados a la cura de enfermedades. Por esta razón, partiendo de una interpretación amplia, sería posible sostener que el acceso a estas técnicas debería estar amparado jurídicamente porque comprometen el derecho al goce del progreso científico y a la salud, ambos reconocidos en el PDESC. Además se vulnera el derecho a fundar una familia, derecho reconocido por el PDCP en su artículo 23 y el artículo 17 de la Convención Americana.

A pesar de este reconocimiento, hay autores que sostienen que la utilización de las técnicas de reproducción asistida puede ser concebida como un derecho negativo, de no intromisión, si se tiene en cuenta el alto costo del procedimiento y los escasos recursos que cualquier erario fiscal dispone para el presupuesto de salud.¹⁸⁴ La oferta de estos procedimientos por parte de los servicios públicos, de existir, podría ser entonces altamente selectiva, y su financiamiento restringido, sin que necesariamente se llegue a configurar una discriminación arbitraria.¹⁸⁵ Sin embargo, las razones que la autoridad sanitaria tiene para asegurar algunas prestaciones de salud, y no otras, no siempre son diáfanas. Ejemplo de esto es Colombia, donde la Corte Constitucional protegió la inclusión del viagra para que los hombres pudieran vivir su sexualidad plenamente, pero no garantizó los tratamientos de fertilidad.¹⁸⁶

Los intentos de regulación del uso de las técnicas de reproducción asistida no han sido fructíferos, de ahí que haya quedado en manos de la práctica médica.¹⁸⁷ Chile puso a consideración del Senado un proyecto de ley que señalaba que “las técnicas sólo podrían ser usadas cuando se trate de cónyuges con dificultades para procrear, y cuando hayan sido técnicamente descartadas otras terapias por ineficaces”.¹⁸⁸ La falta de consenso en el Senado paralizó la iniciativa. El poder

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ R. Cook y B. Dickens, *Dinámicas de los derechos humanos en la reforma de las leyes de aborto*, *op. cit.*, p. 304.

¹⁸⁵ En el caso Cameron v. Nova Scotia (Attorney General), 1777, DLR (4th) 513, la Corte de Apelaciones de Nova Scotia en Canadá estimó que dada la limitación de los recursos fiscales para salud, el Estado sólo podía comprometer el financiamiento de algunas técnicas, no de todas.

¹⁸⁶ L. Cabal, J. Lemaitre y M. Roa, *Cuerpo y derecho*, Temis, Bogotá, 2001, p. 470.

¹⁸⁷ Ver, por ejemplo, *ibid.*, p. 67.

¹⁸⁸ Boletín Legislativo 1026-07, citado en Corral, *op. cit.*, p. 54.

Ejecutivo en Costa Rica dictó un decreto con miras a regular estas técnicas de reproducción asistida; fue declarado inconstitucional.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica
Acción de inconstitucionalidad
15 de marzo de 2000

Problema jurídico

¿La fertilización in vitro atenta contra el derecho a la vida?

Hechos

Un ciudadano costarricense solicitó la declaración de inconstitucionalidad del Decreto ejecutivo del 3 de marzo de 1995 sobre fecundación in vitro y transferencia de embriones, o FIVET. Alegó que la práctica de implantar artificialmente —en un laboratorio— óvulos fecundados en el útero de una mujer, para así lograr un embarazo, es una práctica lucrativa que lesiona el derecho a la vida de los concebidos y la dignidad de la vida humana.

Decisión

El Tribunal declara inconstitucional el decreto demandado ya que a pesar de las restricciones que contiene la aplicación de la técnica de fecundación in vitro y transferencia embrionaria atenta contra la vida humana.

Extractos

[...]

Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción —cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho—, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, “[...] Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada.

[...]

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N° 7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona “el nacimiento”. Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga “debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que “la vida humana es inviolable”.

[...]

La Sala circunscribe la cuestión al análisis de la técnica de fecundación in vitro en relación con el derecho a la vida y la dignidad del ser humano [...]. Este Tribunal acepta que los avances científicos y tecnológicos en el campo de la medicina, en general, tienden al mejoramiento de las condiciones de vida del ser humano. El desarrollo de técnicas de reproducción asistida han posibilitado que muchas parejas estériles alrededor del mundo consigan tener hijos. Sin embargo, es preciso cuestionarse si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana, vigentes en Costa Rica, y, hasta qué punto, la persona humana admite ser objeto o resultado de un procedimiento técnico de reproducción. Cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, como en la técnica de fecundación in vitro y transferencia de embriones, el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de derechos humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado.

[...]

En relación con lo expresado, cabe concluir que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de este Tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la técnica de fecundación in vitro y transferencia embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo despro-

porcionado de muerte. [...] La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos [...] Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [...]

Cuestiones a debatir

La utilización de técnicas de reproducción asistida ha dado paso a debates éticos sobre la manipulación de embriones humanos, especialmente si éstas implican el descartar embriones. El derecho, y particularmente el derecho penal, han sido foro de este debate: para algunos, las consecuencias del uso de estas técnicas, esto es, el posible desecho de embriones, puede ser homologable al homicidio o al aborto.

Como telón de fondo, la oposición al uso de las técnicas invoca el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y particularmente la Convención Americana de Derechos Humanos, que sostiene que la protección de la vida comienza a partir del “momento de la concepción”.

Preguntas

1. Considere la opinión de los jueces que señalan que las normas del derecho internacional que protegen el derecho a la vida, salvo las de la Convención Americana, son poco prolijas. ¿Qué factores pueden llevar a una conclusión como ésta? ¿Las disposiciones citadas son realmente distintas?

2. ¿El hecho de que el artículo 4.1 de la Convención Americana contemple la protección de la vida desde la concepción, significa que se le confiere estatus de persona al no nato? ¿Qué sucedería con las parejas infértiles? ¿Tendrían algún recurso a su disposición?

3. ¿A su juicio hay un conflicto entre los poderes del Estado frente a esta decisión?

4. Considere la siguiente situación:

Un colectivo de mujeres se acerca a la Clínica Jurídica de su Universidad para plantear algunos problemas que aquejan a sus miembros y proponer posibles formas de enfrentarlos. Ellas sostienen, grosso modo, que sus problemas son de variada índole, pero que por el hecho de ser lesbianas encuentran en la discriminación un denominador común. Algunas de las socias señalan que, pese a tener donantes, las clínicas de salud más prestigiosas, y el único hospital público que aplica procedimientos de fertilización in vitro, les niegan la posibilidad de procrear. La respuesta tajante de los servicios público y privado de salud consiste en afirmar que estos procedimientos están pensados para que se sirvan de ellos las personas que efectivamente tienen problemas para concebir, que por lo tanto no es una opción para quienes se niegan a tener hijos mediante los medios naturales, como el acceso carnal, y tampoco para quienes no tienen un diagnóstico previo de infertilidad.

Analice si en el caso de estas mujeres hay vulneración de derechos. Si se está de acuerdo en que uno de los problemas del derecho a la salud es su exigibilidad, ¿cómo se podría sostener que se produce discriminación? De ser efectivo, ¿es razonable? Se ha sostenido que la prohibición de procedimientos de fertilización in vitro se basa en un concepto de normalidad familiar, es decir, en la existencia de un hombre y una mujer como familia, y con el objeto de proteger el bienestar del que nace. ¿Hasta qué punto el derecho a fundar una familia apoya o no esa aseveración? Revise los artículos 23 y 17 del PDCP y la Convención Americana.

IV. DERECHO A LA SALUD Y ADOLESCENCIA

Tanto los jueces como quienes deciden sobre políticas públicas han hecho en general una lectura restringida de la noción de salud sexual y reproductiva. Este hecho es especialmente problemático cuando los titulares del derecho son personas cuya capacidad para elegir, por su minoría de edad, es reducida. Los niños y los adolescentes han sido tratados históricamente más como objetos que como sujetos de preocupación. Se los ha definido a partir de sus carencias —su capacidad jurídica, por ejemplo— y no tanto en razón de los derechos de los que son titulares.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Miguel Cillero Bruñol, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, en AA.VV., *Derecho a tener derecho. Infancia, derecho y políticas sociales en América Latina y el*

Si bien la Convención de los Derechos del Niño cambia este paradigma, algunos adultos, a la luz de la definición de sus aspiraciones y exigencias, insisten en ver a los niños como arcilla moldeable,¹⁹⁰ o en el hecho de que la relación adulto-niño descansa sobre la base del amor, el cuidado y el altruismo, y que por ello el espacio familiar debe escapar a la intervención del Estado.¹⁹¹

La idea del adolescente como titular de derechos choca con mucha frecuencia con los deseos de los padres.¹⁹² La institución de la patria potestad es en parte responsable de esta situación. Tal como es interpretada, implica no sólo protección sino también dominación.¹⁹³ Un ejemplo ilustrativo es una de las disposiciones de la primera edición del Código civil chileno, que establecía que el padre tenía la facultad de castigar moderadamente al hijo “y, cuando esto no alcanzare podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional [...]”.¹⁹⁴

La Convención de los Derechos del Niño parte de la premisa de que niños, niñas y jóvenes tienen derechos, pero que, en ciertas circunstancias, no pueden obrar por sí mismos y que por ello estarían dotados de una supraprotección o protección complementaria.¹⁹⁵ Ahora bien, quién y cómo se reclaman los derechos de los niños, cuando sus derechos se vulneran, es un asunto debatible.¹⁹⁶

En materia de salud y educación, *inter alia*, se reconoce que los adolescentes son titulares de derechos. En lo que toca a la educación, este derecho se construye a partir del binomio derecho-deber, pues en la mayoría de los países los padres están obligados a educar a sus hijos. Cada niño tiene derecho a ser educado al límite de sus capacidades pero, como advierte MacCornick,¹⁹⁷ no es claro cómo y quién tiene el deber de satisfacer ese derecho y quién decide cuándo la educación es satisfactoria.

Caribe, Tomo IV, Unicef-IIN, Montevideo, 1999, p. 3. Se encuentra también en <http://www.inau.gub.uy/Biblioteca/cillero.pdf>.

¹⁹⁰ Gabriel Salazar y Julio Pinto, *Historia contemporánea de Chile V. Niñez y juventud*, LOM, Santiago, 2002, p. 7.

¹⁹¹ Michael Freeman, “Tomando más en serio los derechos de los niños”, *Revista de Derechos del Niño*, N° 3-4, 2006, pp. 257-258.

¹⁹² Robert Burt, “El tratamiento de menores sin el consentimiento de los padres”, en Mary Beloff, comp., *Derecho, infancia y familia*, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 189-190.

¹⁹³ Benito Aláez Corral, *Minoría de edad y derechos fundamentales: temas clave de la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 33.

¹⁹⁴ Artículo 233 del Código civil chileno, 1856.

¹⁹⁵ M. Cillero Bruñol, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁹⁶ M. Freeman, “Tomando más en serio los derechos de los niños”, *op. cit.*, p. 261.

¹⁹⁷ Neil MacCornick, *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica*, María Lola González Soler (trad.), Tecnos, Madrid, 1990, p. 135.

En materia de derecho a la salud, el derecho de niñas y niños a obtener de parte del Estado todos los cuidados de prevención, vacunas o tratamientos médicos necesarios no se cuestiona, se tiene claro en qué consiste. Se trata de derechos que se le exigen al Estado, eso nadie lo cuestiona. En algunos casos, sin embargo, las medidas que el Estado propicia puede hacer difusa la intervención en la labor de crianza de los padres. Un ejemplo es el de los tratamientos o las intervenciones contrarias a las creencias de éstos. Son fuertemente debatidos los casos en los que los padres podrían poner en riesgo la salud de sus hijos en aras de sus propias convicciones.¹⁹⁸ Es el caso de las niñas musulmanas en algunas regiones del África, donde son sometidas al corte genital, o en el caso del procedimiento de circuncisión de niños practicado entre los seguidores de las religiones judía y musulmana. En este último caso, aun cuando existe una norma expresa contraria a la mutilación,¹⁹⁹ ésta es aceptada por razones de higiene o religiosas (es importante señalar que, en el caso de la circuncisión, los efectos en la salud no son comparables en lo absoluto con la mutilación genital femenina). Otro ejemplo importante es el de los padres testigos de Jehová, que no aceptan que sus hijos sean intervenidos quirúrgicamente o sean siquiera receptores de transfusiones.

En el caso de los adolescentes, el reconocimiento de los derechos fundamentales, cuando éstos corresponden al ámbito de la sexualidad o la reproducción, es aún más conflictivo. Muchas veces se rechazan los derechos de los adolescentes invocando la propia Convención de los Derechos del Niño, que reconoce la autonomía progresiva como un pilar transversal, pero garantiza también la relación especial entre padres e hijos: los primeros se ven en la obligación de orientar a los segundos, dirigirlos para que los niños puedan ejercer sus derechos.

¿Cuál es el límite? ¿Dónde trazar la frontera entre la protección al niño o niña sin desconocer la relación paterno-filial que reconoce la Convención? En materia de sexualidad y reproducción de la población adolescente, estas preguntas son cruciales, y no siempre el derecho o las propias reglas de la Convención ofrecen pautas de acción nítidas. De hecho, la tradición del derecho occidental ha sido de *laissez faire*, pues le ha reconocido a la familia una suerte de condición de Estado soberano, con una intervención mínima del derecho.²⁰⁰

¹⁹⁸ G. Gómez, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, op. cit., pp. 277-278. Cita casos de transfusiones de sangre a menores de edad testigos de Jehová.

¹⁹⁹ R. Cook y B. Dickens, *Dinámicas de los derechos humanos en la reforma de las leyes de aborto* (a propósito del caso R. v. Brown [1993] 2 ALL ER 75 (House of Lords, Inglaterra), op. cit., p. 263. En otro sentido lo trata Van Bueren, cuando se refiere a la circuncisión forzada. Geraldine Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998, p. 308.

²⁰⁰ G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, op. cit., p. 72.

A. PRIMER PROBLEMA: LA AUTONOMÍA PROGRESIVA

La idea de autonomía progresiva, principio transversal y rector de la Convención de los Derechos del Niño, da cuenta de una cuestión fáctica: el ejercicio de la ciudadanía por parte de niños y jóvenes se va dando gradualmente, de acuerdo a la evolución y madurez del adolescente. Por lo tanto corresponde a los padres, y subsidiariamente al Estado, impartir la orientación y la corrección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos.

Si la adolescencia se entiende como un período que se caracteriza por fuertes y rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva, se debe tener en cuenta, al mismo tiempo, que los adolescentes adquieren gradualmente comportamientos y funciones de adultos que exigen obligaciones y conocimientos teóricos y prácticos nuevos²⁰¹ a los que no siempre tienen acceso.

Como ejemplo se puede tomar la experimentación y el ejercicio de relaciones sexuales entre los jóvenes. La participación en actividades sexuales consentidas es algo que ocurre independientemente de la negativa de los padres, el rechazo social o la existencia de una norma que las haga punibles. Si la capacidad de actuar se entiende no sólo como vigencia sino también como potencial, y que necesariamente implica la posibilidad de equivocarse, se debe enfrentar la pregunta de qué pueden hacer y hasta dónde pueden llegar los padres para proteger a los hijos de actos irracionales, como consideran algunos grupos el sexo prematrimonial. El problema, como lo sugiere Freeman,²⁰² es que la racionalidad se debe definir en términos neutros, que sea capaz de alojar visiones pluralistas del bien, de tal manera que la intervención se justifique siempre que tienda a evitar el daño inmediato al menor. En Chile, por ejemplo, se estima que cerca de un 15% de la población adolescente, menor de 16 años, es sexualmente activa.²⁰³

Si se parte de la base de que adolescentes y niños tienen derecho a la salud, se entiende que la función de los profesionales de esta área es resguardarla y, que por lo tanto, su tarea incluye orientar y propiciar un acceso adecuado de los adolescentes a la información para que así puedan tomar decisiones responsables. Se debe recordar, además, que en la adolescencia la maternidad constituye un riesgo en sí misma. Un efecto colateral de una maternidad precoz y sin pla-

²⁰¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 3, párrafo 1.

²⁰² M. Freeman, "Tomando más en serio los derechos de los niños", *op. cit.*, p. 272.

²⁰³ Encuesta Nacional de Comportamiento Sexual en Chile, CONASIDA, Ministerio de Salud de Chile, Santiago, 1998.

nificación puede significar en muchos casos el repetir los círculos de exclusión y marginación social por falta de educación y de recursos económicos.

La posición de las personas que se oponen al derecho que tienen los jóvenes de recibir información y servicios en salud reproductiva suele revelar un temor que consiste en creer que facilitar ese acceso es una forma de promover o adelantar su sexualidad.²⁰⁴ Se dice también que estas políticas o programas pueden propiciar la ruptura del vínculo entre sexualidad, amor, compromiso y reproducción. Quienes rechazan el libre acceso de los jóvenes a los servicios integrales de salud se amparan en el interés superior del niño, consagrado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Han reconstruido el concepto a partir de la visión de que los niños y los adolescentes siguen siendo objeto de protección y control por parte de los padres u otros adultos. Esto es lo que Cillero denomina paradoja: la negación de la autonomía para asegurar los derechos de los adultos.²⁰⁵ Pero si el Estado tiene la obligación de fortalecer la misión educativa de la familia, ésta debería buscar garantizar que la crianza y educación de los hijos persiga su autonomía y no tienda por el contrario a negarla.

El concepto de “interés superior del niño” es impreciso. El Comité de la Convención de los Derechos del Niño ofrece una pauta que permite darle un contenido normativo. Ha estipulado que las autoridades deben evaluar el efecto de sus políticas, programas, decisiones y leyes propuestas y existentes sobre los derechos de los niños.²⁰⁶ El voto concurrente de la Opinión consultiva 17, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece que el hecho de que los niños no tengan plena capacidad jurídica para actuar, no implica que se les prive de su condición de sujetos de derechos.²⁰⁷ Esto quiere decir que el Estado debe garantizar el derecho de los niños a crear y desarrollar su propio plan de vida a través, por ejemplo, de la educación.²⁰⁸

Tomar en serio la idea de autonomía progresiva significa permitir que los jóvenes ejerciten sus derechos y las facultades que los preparan para convertirse en un sujeto adulto capaz de responder por sus actos.²⁰⁹ Esta evolución o autonomía progresiva ha sido reconocida como principio incluso antes de la

²⁰⁴ *Libertad y desarrollo*, “Píldora del día después y embarazo adolescente”, *Temas Públicos*, N° 788, 15 de septiembre de 2006, p. 2. También disponible en www.lyd.org.

²⁰⁵ M. Cillero Bruñol, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *op. cit.*, p. 60.

²⁰⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 5, parágrafo 12.

²⁰⁷ CIDH, Opinión consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002. Voto concurrente del juez A.A. Cançado Trindade, parágrafo 53.

²⁰⁸ *Ibid.*, parágrafo 52.

²⁰⁹ Verónica Undurraga Valdés, “Anticoncepción de emergencia: autonomía de las adolescentes y derechos de sus padres”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2007, pp. 163-171.

vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, y ha sido recogida por la legislación y la jurisprudencia comparada.²¹⁰

La Cámara de los Lores, en un fallo histórico que ha permeado la doctrina en los países del *Common Law*,²¹¹ consagró el principio de la competencia, concepto que se distingue de la capacidad jurídica en los adolescentes. El concepto de competencia se refiere al discernimiento necesario para tomar decisiones propias, entendiendo su significado y sus repercusiones.

En *Gillick v. West Norfolk & Wisbech Area Health Authority*,²¹² la Corte inglesa se pronunció frente a la demanda de Victoria Gillick, madre de cinco hijas, que pretendía que una guía clínica sobre regulación de fecundidad, dictada por la autoridad sanitaria, y que establecía además que los servicios de planificación familiar debían estar disponibles para los jóvenes de todas las edades, fuera declarada ilícita. La guía señalaba que se debía persuadir a los jóvenes para que informaran a sus padres o tutores, pero que los servicios se entregarían aun sin el consentimiento de los padres.

La demandante argumentó que los médicos y profesionales de la salud que prescribían métodos anticonceptivos violentaban los derechos de la potestad parental, y que al brindar servicios de anticoncepción a menores de 16 años incurrieran en responsabilidad penal por complicidad en la comisión de un delito. Lord Fraser señaló que la capacidad y autonomía de los jóvenes se debía entender de acuerdo con el contexto social, y que no era posible sostener que los adolescentes ingleses —en 1980— estuvieran bajo un estricto control parental hasta cumplir la mayoría de edad, y que sólo a partir de esa edad pudieran ser independientes.

²¹⁰ Rebecca Cook y Bernard Dickens, “Recognizing Adolescents ‘Evolving Capacities’ to Exercise Choice in Reproductive Healthcare”, *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, vol. 70, N° 1, 2000, p. 14.

²¹¹ En esta materia, la jurisprudencia en Estados Unidos es ambivalente, aun cuando hay fallos de la Corte Suprema que afirman el derecho a la autonomía reproductiva de los jóvenes. En *Carey v. Planned Parenthood* y *Casey v. Planned Parenthood*, la tendencia general fue restringir los ámbitos de autonomía y propiciar la persecución penal de los delitos de violación impropios en aras de reducir el número de jóvenes sexualmente activos, y con ello el número de embarazos en adolescentes.

²¹² *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* (1985) 3 ALL ER 402 (HL). El fallo se encuentra disponible en www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm.

Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 2, San Luis, Argentina
Familia y Vida Asociación Civil contra Estado Provincial de San Luis
21 de marzo de 2005

Problema jurídico

¿Pueden los padres intervenir para que los adolescentes bajo su custodia y crianza no puedan acceder a los servicios de anticoncepción? ¿Pueden los servicios de salud entregar estos servicios sin el consentimiento de los padres?

Hechos

La Asociación Civil Familia y Vida promovió una acción de amparo en contra del Estado provincial. La Asociación solicitaba que la ley 5344 fuera declarada inconstitucional por violar la institución de la “patria potestad”, y atentar contra el derecho a la vida al permitir la prescripción de métodos abortivos.

La sentencia de primera instancia rechazó la acción de amparo: la pretensión de la actora no satisfacía las exigencias formales previstas en la normativa del artículo 2, inciso 2 de la ley 5054. El análisis de su contenido exigía un proceso de conocimiento más amplio que el acotado margen al que obligaba la urgencia que se pretendía. Las disposiciones de la ley impugnadas eran de carácter programático y, por ende, requerían una reglamentación previa para que fueran operativas.

Decisión

La Cámara declara inconstitucionales los artículos 1 y 2, inciso c de la ley 5344, porque a su juicio éstos prevén prestaciones a cargo del estado provincial que atentan contra el derecho a la vida de las personas por nacer, y porque además los artículos prescinden de una posible intervención de los padres cuando son los menores de edad quienes reciben esos servicios.

Extractos

[...]

Considera la apelante [...] que es notoria y evidente la inconstitucionalidad de la ley 5344, ya que manda al Estado efectuar “prácticas” referidas a la anticoncepción y a proveer a la población de fármacos o implementos abortivos con lo que directamente se está atentando contra el derecho a la vida desde la concepción en el seno materno. Señala también que el hecho de que, en el texto legal impugnado, las prestaciones a cargo del Estado queden supeditadas a cualquier persona que así lo solicite, no salva la responsabilidad del Estado que, en el caso, resulta violatoria del régimen de la patria potestad.

[...]

El derecho de los padres

En otro orden, sabido es que con el nombre de “patria potestad” se hace referencia al conjunto de derechos y deberes que incumben a los padres con relación a las personas y a los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados [...].

En el ordenamiento positivo, la ley 10903 rectificó la concepción velezana de la “patria potestad” definiéndola como

[...] el conjunto de derechos y obligaciones [...] que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, con miras a su protección y formación integral, desde la concepción y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado. ([v. artículo] 264, Código civil).

Así, pues, en la actualidad, ya no se caracteriza a la “patria potestad” simplemente como autoridad paterna, sino como una institución del derecho de familia que tiende primordialmente a la protección del hijo menor, a su educación y a su preparación para la vida [...].

Se infiere de ello que el conjunto indisoluble de deberes y derechos que la integran tiene como objetivo no sólo al hijo y al padre, sino también a la familia y a la sociedad.

[...]

En concordancia con este concepto de “patria potestad”, el Código civil prescribe que los hijos menores de edad están bajo la autoridad y poder de sus padres y tienen la obligación y el derecho de criarlos, elegir la profesión que han de tener, alimentarlos y educarlos (artículo] 265, Código civil).

Reafirmando este concepto de guarda, en la Convención sobre los Derechos del Niño se establece que

[...] los Estados respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres... de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención [...]. (artículo] 5, Convención de los Derechos del Niño).

Pero, sin que ello implique el abandono, por este Tribunal, del concepto y los caracteres que constituyen el instituto de la patria potestad en nuestro derecho positivo tal como se ha reseñado precedentemente, no puede desconocerse la evolución doctrinaria que viene experimentando el instituto de la patria potestad, fundamentalmente, desde la incorporación, a las normas constitucionales, de los tratados internacionales, fundamentalmente, las disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño.

En la actualidad, una corriente doctrinaria cada vez más prevaleciente en la jurisprudencia sostiene que la autoridad parental, concebida en el orden positivo como

el conjunto de deberes y derechos que los padres tienen sobre sus hijos menores de edad con miras a la protección y formación integral de estos últimos (art[ículo] 264, Código civil), sea cumplida por sus titulares y, eventualmente el Estado, reconociendo al niño como “sujeto de derecho” antes que como “objeto de protección” de sus padres y del Estado.

En este entendimiento, la pauta para interpretar la legislación y las decisiones judiciales, toda vez que se hallen involucrados un menor y su familia, siempre debe ser el interés superior del niño.

Aplicando estas conclusiones que se debaten en esta instancia de apelación, el criterio actual impondría el reconocimiento de que, a partir del momento en que el niño está en edad de procrear, le asiste el derecho de recibir información respecto del cuidado de su propio cuerpo y resolver si realmente desea ser padre o madre.

Se ha dicho, al respecto, que el acceso a la información, a la prestación, a los métodos y servicios necesarios para el ejercicio por parte del adolescente de sus derechos sexuales y reproductivos es un acto personalísimo que no puede ser reemplazado por la voluntad de los padres. Éstos, si bien tienen el deber y el derecho de aconsejar a sus hijos, formarlos y educarlos de acuerdo a sus convicciones, no pueden impedirles resolver por sí un tema tan propio y privado, en función de sus posibilidades, plan de vida y creencias [...].

Sin embargo, también desde esta concepción doctrinaria, se ha admitido que el reconocimiento del principio de autodeterminación del niño en esta materia no impide a los padres ejercer respecto de ellos su responsabilidad educadora y orientadora primaria, pero favorece claramente el desarrollo de los niños y adolescentes en un ámbito familiar igualitario, tendiente al respeto por los derechos humanos intrafamiliares, dentro del contexto de un Estado democrático [...]. En este contexto, es indudable que los padres tienen, respecto de sus hijos, una función de tipo socializadora, destinada especialmente, ante la falta de madurez y la propia naturaleza evolutiva del niño, a protegerlos de los actos propios y de los actos de terceros que pudieran perjudicarlos. Esta función es entendida como el resultado de una interacción padre-hijo, y tiende a promover relaciones familiares más participativas o democráticas, superadoras de la noción del hijo como objeto de la autoridad y voluntad discrecional de los padres [...].

En el derecho comparado, un fallo del Tribunal Constitucional español parece resumir la orientación doctrinaria que se comenta.

El cimero órgano judicial de España tiene dicho, al respecto, que

[...] los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, entre ellos, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral —art[ículo] 16 Const[itución] española—, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir

aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar. En consecuencia, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar porque el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el superior del niño. (TC Pleno, Sentencia 154/2002, del 18 de julio de 2002).

Las consideraciones que preceden recogen la doctrina que busca superar la [...] concepción clásica del instituto de la “patria potestad” pero aún desde esta postura que, en coincidencia con los tratados internacionales, procuran exaltar los intereses superiores del niño y el reconocimiento de sus derechos, se comprueba que el reconocimiento y resguardo de tales intereses y prerrogativas debe concretarse en el marco de una interrelación niño-padres-familia y ello, sin perjuicio de las políticas activas que desarrolle el Estado con miras a la prevención de situaciones violatorias de los derechos e intereses superiores de toda la población entre los que, ciertamente, está el derecho a la salud de la población, pero también y, antes que todo, el derecho a la vida de todas las personas y, entre ellas, claro está, la de quienes estando concebidas aún no han nacido.

La lesión constitucional por la violación de los derechos y deberes de los padres, inherentes a la patria potestad

No obstante el desarrollo doctrinario reseñado precedentemente, y puestos en la realidad del ordenamiento jurídico vigente en el país, carece de sentido discurrir sobre la posibilidad de que las prestaciones previstas en la ley 5344 puedan cumplirse sin intervención alguna de los padres (cuando los receptores de dichas prestaciones sean menores de edad), si se tiene en cuenta que la ley común exige dicha intervención (vg. consentimiento expreso de los padres), por ejemplo, toda vez que los menores quieran contraer matrimonio; o ser habilitados; o ingresar en comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; o salir del territorio nacional; o pretendan estar en juicio [...] (artículo] 264 “*quater*”, inc[isos] 1, 2, 3, 4 y 5, Código civil).

[...]

La autorización de los padres, en ejercicio de la patria potestad y como representantes legales de sus hijos menores de edad, también es requerida por el ordenamiento positivo con referencia a otros actos personalísimos como, por caso, cuando los menores de dieciocho años deciden ser dadores en los supuestos de trasplantes de médula ósea (artículo] 15, ley 24193, de “Trasplantes de órganos y materiales anatómicos”).

En este caso, además, se prescribe que los representantes legales sean informados sobre la opinión médica respecto de los riesgos, secuelas, evolución, limitaciones y mejoría (art[ículo] 13, ley cit[ada]).

También en la ley 22990 (denominada “Ley de Sangre”) se establece que los donantes menores de dieciocho años “[...] deberán contar con la autorización de sus padres o representantes legales [...]”. (art[ículo] 44, inc[iso] b, ley cit[ada]).

De la reseña normativa precedente se infiere la sinrazón de una normativa que, como la ley 5344, no contempla la intervención de los padres cuando sus hijos menores quieran ejercer sus derechos personalísimos relativos a la educación sexual y la procreación.

Sin que ello signifique la adopción de postura ideológica alguna, pero es un dato de la realidad cuya consideración no puede soslayarse, el hecho de que los ciudadanos, en la sociedad contemporánea, descreen de la eficacia del Estado para satisfacer las exigencias de salud, educación y seguridad para el ejercicio de sus derechos individuales.

El Estado, en la percepción generalizada de los ciudadanos, carece de medios suficientes para satisfacer la demanda de la sociedad que clama, diariamente, por su derecho a la salud, a la seguridad, a la educación, a la justicia...

Es válido preguntarse, entonces, por qué razón, a través de la ley 5344, se persigue que el Estado brinde a personas menores de edad prestaciones de profunda significación e implicancia espiritual y física (como las relativas a la educación sexual, la procreación, la paternidad responsable) sin prever intervención alguna de los padres que les permita a éstos tomar adecuado conocimiento de tales prestaciones para, eventualmente, asumir las responsabilidades que se derivan de su condición de titulares de la patria potestad.

Desde este punto de vista, no parece razonable, y mucho menos aún legítimo, que el Estado provincial, a través de la ley 5344 y su reglamentación, haya dispuesto que los menores de edad ejerzan sus derechos relativos a la sexualidad y procreación, recibiendo educación y asistencia del Estado con prescindencia absoluta de la responsabilidad que tienen sus padres como titulares de la patria potestad.

Por ejemplo, en el orden nacional, la doctrina judicial ha reivindicado el derecho de los menores para decidir sobre su educación sexual y reproductiva pero, aún en tales supuestos, se ha resuelto resguardar, de algún modo, la patria potestad.

Así, por ejemplo, y con relación a la aplicación del Programa de Salud Reproductiva establecido en la municipalidad de Vicente López, provincia de Buenos Aires, se dejó establecido que es necesaria la autorización de los padres para suministrar métodos anticonceptivos a niños menores de dieciséis años (Civ. y Com., San Isidro, sala I, 2002/05/07, “M. de D. R., M. c. Municipalidad de Vicente López, LA LEY 2002-E, 324 - LLBA, 2002-1003).

En consecuencia con el desarrollo que precede, y dentro del orden normativo que se ha reseñado precedentemente, es por demás evidente que las disposiciones de la

ley 5344 y su reglamentación desconocen, absolutamente, la institución de la “patria potestad”, al no haber previsto en su normativa, de algún modo, la adecuada intervención de los padres toda vez que el Estado provincial brinde a personas menores de edad alguna de las diversas prestaciones que se prevén en la ley de procreación responsable (ley 5344) y en el programa integral de salud reproductiva (decreto 127/2003).

[...]

Así, sólo cabe concluir, sin hesitaciones, que la vigencia de la ley 5344 coloca en peligro inminente y cierto a los menores, por causa de la posibilidad de que en el ámbito de aplicación de dicha ley, aquéllos puedan (inducidos o no) tomar decisiones trascendentes para sus vidas, alejados del seno del hogar y en ausencia de sus padres quienes, de esta manera, se verían privados de tener la intervención y/o conocimiento a la que tienen legítimo derecho como titulares de la patria potestad y, por ende, responsables de impartirles a sus hijos la dirección y orientación apropiadas para que [éstos] puedan ejercer las prerrogativas que les reconoce la Convención de los Derechos del Niño en consonancia con la evolución de sus facultades (art[ículo] 5, Convención de los Derechos del Niño).

La cuestión también fue abordada en ocasión de sancionarse el proyecto normativo correspondiente a la ley 5344.

En esa oportunidad, fue el señor diputado Fara quien opuso reparos de orden constitucional al proyecto legal que se sometía a votación (“[...] a lo mejor estoy hablando sin tener el conocimiento, no corremos el riesgo de un amparo de parte de los padres y que se declare inconstitucional la ley...?”; sic, v. versión taquigráfica cit. “supra”).

La inquietud del señor diputado Fara fue satisfecha por uno de sus pares, en el momento, con la explicación acerca del carácter programático de la ley puesta a votación, y con la seguridad de que su posterior reglamentación se concretaría con la participación de entidades científicas, docentes, servicio hospitalario, profesionales de la salud y organizaciones no gubernamentales, y haciéndole saber “[...] que la reglamentación de la ley jamás va a violar lo que legalmente está establecido, entre uno de los cuales es el respeto que se tiene a los padres por el tema de la educación de sus hijos [...]”, sic, versión taquigráfica cit. “supra”).

No existen constancias de que para la redacción del decreto reglamentario de la ley 5344 (decreto 127/2003) se haya dado participación a los organismos oficiales y demás estamentos de la sociedad involucrados en la defensa y protección de los derechos de los niños y de los padres.

Por el contrario, lo que puede constatarse es que en la reglamentación de la ley 5344 se omitió, absolutamente, la consideración del derecho de los padres para con sus hijos menores según los términos de las disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño y en el Código civil.

Los loables fines de la ley 5344

En el desarrollo que precede se han analizado tan sólo dos cuestiones que, a criterio del Tribunal, aparecen —desde lo jurídico— indiscutiblemente reñidas con las normas constitucionales que garantizan y resguardan la prerrogativa a la vida del “*nasciturus*” y el derecho de los padres para tener intervención cuando sus hijos menores hagan legítimo ejercicio de sus derechos relacionados con la sexualidad y la procreación.

Sin embargo, resulta necesario resaltar que mediante la ley 5344, el Estado provincial persigue fines muy valiosos, tales como promover la maternidad y paternidad responsable, disminuir la morbimortalidad perinatal y materna, evitar abortos provocados, prevenir a través de la información enfermedades de transmisión sexual y el HIV, efectuar la detección precoz y el tratamiento de las patologías del aparato reproductor, promover la mejor calidad de vida de padres e hijos, etc., fines que, además, responden a urgentes, si no apremiantes, requerimientos de la sociedad contemporánea.

La inconstitucionalidad de la ley 5344, en los términos precisados “supra”, en modo alguno busca entorpecer el cumplimiento de las políticas activas que el Estado provincial procura con miras a tales fines que, como ya se dijo, responden a un apremiante reclamo de la sociedad contemporánea.

Pese a ello, la formulación genérica de sus disposiciones —según se ha visto en el desarrollo precedente— imponen la necesidad de acotar la diversidad de sus prestaciones, fundamentalmente en orden al respeto al derecho de la vida y la institución de la patria potestad, lo que podría subsanarse a través de una reglamentación cuidadosa de tales cuestiones, realizada con el concurso interdisciplinario y la participación de los distintos estamentos de la sociedad provincial tal como fuera asegurado que así sucedería, en la sesión de la Cámara de Diputados en cuyo transcurso se sancionó la ley 5344 (v. versión taquigráfica, documentación reservada en Secretaría).

Cuestiones a debatir

Primera cuestión a debatir

El concepto de derecho personalísimo es analizado con frecuencia desde una perspectiva civilista, especialmente cuando se trata de los derechos de ciertos grupos que históricamente han carecido de derechos. Según el paradigma de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los niños y niñas cuentan con un marco de supraprotección. La pregunta que cabe formular es si sólo ellos se vinculan con los derechos personalísimos, y si éstos alcanzan el umbral de fundamentales.

Preguntas

1. ¿Pueden los padres convertirse en portadores de los derechos personalísimos de sus hijos?

2. ¿Si un joven está en condiciones de procrear y finalmente reconocer a un hijo como suyo, qué razón habría para que no pudiera decidir evitar estas consecuencias acudiendo a métodos anticonceptivos y así prevenir un embarazo?

3. ¿Si los padres hubieran intervenido en la formulación de la norma habría cambiado en algo la decisión del Tribunal?

¿Cómo conciben los jueces el interés superior del niño?

Segunda cuestión a debatir

Está comprobado que los servicios de salud para adolescentes deben romper con innumerables barreras culturales que obstaculizan el ejercicio del derecho de éstos a la salud y también el acceso a la información.²¹³ Los programas más eficaces son aquellos que toman en cuenta la realidad de los jóvenes, que los preparan para la vida activa y que les entregan herramientas preventivas adecuadas. Por ello, los Estados deben abstenerse de tergiversar, ocultar y censurar deliberadamente las informaciones relacionadas con la salud y la sexualidad.²¹⁴

Los problemas asociados al quiebre de la relación médico-paciente son muy delicados, sobre todo porque la legislación latinoamericana en la materia es poco clara. Cuando un adolescente sexualmente activo o en proceso de serlo acude a un servicio de salud para obtener consejo sobre la regulación de la fecundidad, y advierte que sus decisiones al respecto no serán tratadas con confidencialidad médica, es probable que no vuelva a solicitar asistencia o no recurra al servicio de salud.²¹⁵ Cuando esto sucede, se expone a las jóvenes a embarazos no deseados e infecciones de transmisión sexual, ambas situaciones prevenibles.²¹⁶

Algunos critican la doctrina de Gillick,²¹⁷ pues ésta insiste en un parámetro biomédico cuando deja la decisión de brindar los servicios en otros adultos:

²¹³ Paul Hunt, "The Right to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health", E/CN.4/2004/49, 16 February 2004, pars. 14, 39-40.

²¹⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 3, párrafos 11 y 16.

²¹⁵ Según estudios realizados en Estados Unidos, un 60% de los adolescentes dejaría de acudir a los servicios de planificación familiar si la notificación parental fuera obligatoria, y más de un tercio de ellos no acude porque teme que el servicio no sea confidencial. Ver Jocelyn Lehrer, Robert Pantell, Kathleen Tebb y Mary-Ann Shafer, "Forgone Health Care among U.S. Adolescents: Associations Between Risks Characteristics and Confidentiality Concern", *Journal of Adolescent Health*, vol. 40, 2007, pp. 218-226.

²¹⁶ R. Cook, B. Dickens y M. Fathalla, *Salud reproductiva y derechos humanos. Integración de la medicina, la ética y el derecho*, op. cit., p. 115.

²¹⁷ Ver infra, nota 220.

la comunidad médica.²¹⁸ No obstante, y pese a la corriente conservadora que cuestiona la capacidad de los jóvenes para recibir la información y los servicios de parte de los profesionales de la salud, la tesis de la competencia desarrollada en Gillick ha sido reafirmada como doctrina en el Reino Unido.

En el caso *Axon v. Ministry of Health*,²¹⁹ la demandante, Sue Axon, interpuso en el año 2004 una acción similar a la de Gillick: solicitó la declaración de ilegalidad de las normas técnicas y clínicas sobre anticoncepción y aborto para menores de 16 años. Argumentó que los adolescentes no tienen el mismo derecho a la confidencialidad médica en los mismos términos que los adultos. El juez afirmó la doctrina Gillick sobre la competencia de los adolescentes para consentir sobre decisiones médicas en relación con su salud sexual y reproductiva. Sobre la confidencialidad señaló que ésta es una piedra angular de la profesión médica, como lo ha sostenido la Corte Europea de Derechos Humanos. Si alguien necesita asistencia, pero cree que su situación será revelada, podría no buscar ayuda, poniendo así a otros y a sí mismo en una situación de riesgo.

Preguntas

Considere la siguiente situación:

Catalina, tiene 13 años y medio. Hace un par de meses inició una relación sentimental con Pedro, un amigo del barrio. Él tiene 17 años. Ambos, preocupados por las consecuencias de una relación sexual, decidieron ir juntos a un consultorio en busca de anticonceptivos. En la entrada del lugar vieron unos carteles que decían: “En este consultorio no se atiende a menores de 14 años”. Pese a la advertencia, Catalina y Pedro esperaron su turno.

La profesional que los atendió fue amigable en el trato, pero cuando dio inicio a las preguntas de rigor les hizo saber que no era posible atenderlos: la política del consultorio prohibía la atención y entrega de anticonceptivos a menores de 14 años. Así lo había dispuesto el subdirector médico del Servicio de Salud Metropolitano Norte de la Región Metropolitana (Santiago, Chile): cualquier situación de control de embarazo o uso de anticonceptivos en un menor de 14 años se debía informar al Ministerio Público por presumir la existencia de un delito.

²¹⁸ Michael Freeman, “Rethinking Gillick”, *The International Journal of Children’s Rights*, vol. 13, 2005, pp. 201-217, 225. En un sentido similar, Schuster y García Jurado sostienen que la profesión médica y los padres se han convertido en obstáculos para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Citado en Mario Pecheny y Mónica Petracci, “Derechos humanos y sexualidad en Argentina”, *Horizontes Antropológicos* 26, 2006, p. 59.

²¹⁹ *Sue Axon v. The Secretary State of Health*, [2006] EWHC 37 (Admin), 26 January 2006.

En Chile, toda conducta sexual con un menor de 14 años está penada. No obstante, la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil —ley 19697— establece que no serán objeto de reproche penal las conductas de acceso carnal y otras conductas sexuales distintas al acceso carnal con consentimiento en caso de que éstas sean llevadas a cabo por una menor de 14 años y por otro adolescente no más de dos años mayor que ella, cuando la conducta sexual incluye el coito, y no más de tres años mayor en el caso de otras acciones sexuales distintas al acceso carnal.

El memorando N° 371 del subdirector médico del Servicio Metropolitano Norte, con fecha del 5 de julio de 2005, advierte a los funcionarios del servicio del área y de los consultorios de atención primaria sobre la obligación de notificar o denunciar a las jóvenes menores de 14 años embarazadas o que estén regulando su fecundidad por una eventual conducta delictiva (conducta que, en todo caso, será materia de investigación de la fiscalía correspondiente).

La advertencia se funda en la obligación contenida en el artículo 175 del Código procesal penal, según el cual es obligatoria la denuncia de

[...] Los jefes de establecimientos hospitalarios o de las clínicas particulares y, en general, los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia, y de otras ramas relacionadas con la conservación o el restablecimiento de la salud, y los que ejercieren prestaciones auxiliares de ellas, que notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otros delitos.

1. ¿Qué conflictos surgen en esta situación?
2. ¿Qué concepto de normalidad sobre el comportamiento sexual se aplica en este caso?
3. Si la violencia en contra de las niñas es una preocupación central de los gobiernos, ¿hasta qué punto la actuación de los profesionales responde en este caso a esa situación? ¿Se la está protegiendo en verdad?
4. ¿Qué consecuencias podría tener lo ocurrido para la salud de la joven?
5. La orden del subdirector médico tiene justa causa para romper el derecho a la confidencialidad de la atención médica. ¿Es la minoría de edad una causa suficiente?

B. SEGUNDO PROBLEMA: INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Melinda Jones señala que Gillick provee sólo un estándar funcional, pues no es la edad del adolescente el factor relevante para habilitarlo a consentir un tratamiento o acción médica, sino el hecho de que éste pueda entender el trasfondo

y las consecuencias de la acción a tomar.²²⁰ De esa manera, un adolescente podría ser considerado competente para decidir sobre ciertos tópicos, y no estar en condiciones de decidir sobre otros.

Uno de los pilares sobre los que se funda la Convención Internacional de los Derechos del Niño es el interés superior del menor. El concepto es de por sí muy vago, pues cualquier decisión puede ser defendida con el argumento de que se protege el interés superior del niño.²²¹ A veces no es claro si las decisiones que sobre la salud de los adolescentes —o sobre las personas cuya capacidad de decidir es precaria— se toman atendiendo a sus intereses, a los de los padres, a los intereses sociales o a los institucionales.

Un punto en el que se cruzan los aspectos relacionados con la salud y el derecho a la identidad tiene que ver con los casos de ambigüedad sexual o genital, conocido también como hermafroditismo. La medicina contempla varias clases de sexo: el sexo cromosómico o genotipo, que es dado por los cromosomas sexuales —46 XY para el varón y 46 XX para la mujer—, el fenotipo, dado por el aspecto de los genitales externos —vagina y pene—, el gonadal, según el tipo de gónadas —ovarios o testículos—, el legal, que aparece en la partida de nacimiento para identificar a una persona —masculino, femenino—, el de crianza, que es el que promueven la familia y el entorno, y el psicológico, que se adquiere en función del entorno o de condiciones genéticas, anatómicas o sociales.²²²

Se sostiene que el hermafroditismo es una condición grave de salud por los posibles efectos psicológicos que puede tener en la niña o el niño que han nacido con una ambigüedad, que sería agravada por las consideraciones sociales, familiares y culturales sobre la identidad de una persona. En la medida en que este individuo crece, se irá haciendo receptor de una angustia por el conflicto entre su identidad personal, sexual y legal, conflicto que a su vez, y además, afectaría su derecho a la salud.²²³

²²⁰ Melinda Jones, “Adolescent Gender Identity and the Courts”, *The International Journal of Children’s Rights*, vol. 13, 2005, p. 121, y pp. 130-132. Si bien Freeman critica a Gillick, concuerda que la edad para consentir en materia sexual no es un factor crucial, sino la presencia o la ausencia de explotación sexual. Ver M. Freeman, “Tomando más en serio los derechos de los niños”, *op. cit.*, p. 273.

²²¹ M. Jones, “Adolescent Gender Identity and the Courts”, *op. cit.*, p. 135.

²²² Una discusión completa sobre la condición de ambigüedad sexual puede encontrarse en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia SU-337/99, 12 de mayo de 1999. Disponible en www.unicef.cl/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf.

²²³ Carlos Fernández Serrasego, “Una excelente sentencia sobre un caso de intersexualidad”, en Pedro Hooft, *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, Desalma, Buenos Aires, 1999, pp. 260-276. El autor acompaña el texto completo de una decisión argentina que autoriza judicialmente el cambio de sexo.

En términos del impacto familiar, algunos padres quizás prefieran que la niña sea operada tempranamente, pero en otros casos serán los propios jóvenes los que soliciten la intervención quirúrgica para definir de manera definitiva su condición sexual. La intervención quirúrgica se entiende como un procedimiento invasivo que incluye, en el caso de las mujeres que se identifican como varones, la extirpación del útero, ovarios y mamas, y el sometimiento a una terapia hormonal para suprimir características femeninas y desinhibir las masculinas.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T- 477 de 1995

Problema jurídico

¿La autonomía se funda en la capacidad legal para consentir un tratamiento de salud? ¿Cuál es el límite de los padres o del responsable de un niño para dar consentimiento a un tratamiento de salud? ¿Cómo se conjuga la autonomía progresiva en el rechazo o la solicitud de un tratamiento médico?

Hechos

Según la versión de los padres del menor N.N., éste tenía seis meses cuando, encerrado y solo con una perra pequeña en su cuarto, el animal le cercenó el pene y los testículos. Esto sucedió en una localidad rural y apartada. Los padres, caminando, llevaron al niño al hospital más cercano. Llegar al hospital les tomó once horas. De acuerdo con las pericias que se adelantaron, la mutilación fue producida con un instrumento cortopunzante. No se pudo establecer que los padres fueran los autores.

Los padres, semianalfabetos, autorizaron después de pasado un mes una operación de meatotomía para cambiar el sexo del bebé. Más tarde, éste fue puesto al cuidado de un hogar o albergue de monjas. Cuando la niña llegó a la pubertad, rechazó el tratamiento y solicitó que se le devolviera su condición de varón.

El tribunal de Antioquia profirió el fallo de primera instancia —objeto de revisión por la Corte—. Resaltó de forma categórica, pero en abstracto, la defensa de los derechos del menor: “se debe respetar la dignidad de las personas, quienes no pueden ser objeto de trato degradante”. El Tribunal explicó qué entendía por autonomía y defendió el libre desarrollo de la personalidad. Hizo además un análisis pormenorizado de los derechos de los pacientes frente a las intervenciones quirúrgicas, y finalizó con una reflexión sobre “El médico y el respeto a la dignidad humana”. Luego de este estudio, decidió negar la petición de tutela, pues consideró que “el Hospital actuó con suma diligencia y cuidado y puso a disposición del menor todos los recursos técnicos y humanos de que disponía en ese momento para darle a su caso la mejor solución, o la menos gravosa que a la sazón la medicina le podía brindar”.

Lo anterior porque los órganos genitales masculinos que le habían sido cercenados al menor no se le podían reimplantar. De haber seguido indefinidamente sin órganos, habría sufrido las dificultades a las que hizo alusión el cirujano Ochoa Arismendi. La operación de readecuación de sexo que se le hizo al menor a los siete años no podía esperar tampoco hasta la pubertad, por los traumas que el cirujano narró en su declaración. En síntesis, el proceso menos traumático para el desarrollo de la personalidad e identidad futura del menor fue el que se inició en el año 1981, que a la postre fracasó por razones no atribuibles al Hospital San Vicente de Paúl. La Sala concluye que la acción de tutela no procede contra el Hospital San Vicente de Paúl, ni contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pues estas entidades no violaron los derechos fundamentales del menor, sino procuraron por el contrario su bienestar, tanto físico como psicológico.

Decisión de la Corte

La Corte revoca la decisión del Tribunal; ordena proteger el derecho a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad del menor, y crear un equipo interdisciplinario que atienda el caso y brinde el apoyo psicológico y social para éste y los padres. El equipo debía incluir profesionales de la medicina, un psicoterapeuta y un trabajador social, y le corresponderá establecer cuándo el menor goce de la autonomía suficiente para dar un consentimiento informado y se le puedan adelantar las cirugías y los tratamientos hormonales del caso si ésta fuera su opción.

Extractos

¿Fue o es legítima la conducta de las autoridades y de los particulares que participaron en el proceso de readecuación de sexo del menor, a la luz de los artículos 20 de la anterior Constitución, artículo 6° de la actual y, en el caso concreto de los particulares, del artículo 45 del decreto 2591 de 1991?

[...]

El problema del consentimiento adquiere relevancia jurídica cuando, como en el asunto que motiva esta sentencia, está en juego algo demasiado importante como es el sexo de una persona. Por lo tanto, habrá que afirmar que en este caso el consentimiento debe prevenir personalmente del propio paciente, con capacidad plena y aún con el lleno de algún formalismo como sería el consentimiento por escrito.

En muchas ocasiones el médico se encuentra ante hechos de especial gravedad que convierten en urgente un tratamiento.

En nuestra normatividad, el artículo 3 del decreto 3380 de 1981 (reglamentario de la ley 23 del mismo año) establece:

“Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndase por ésta todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o la integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico”.

Prevista la urgencia por el propio legislador, el médico tiene la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente por la realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida de la persona, sobre esto no hay la menor duda. La discusión puede surgir en la explicación que se le dé al calificativo “integridad de la persona”, esto exige una apreciación rigurosa, objetiva, muy ligada al requerimiento de atención inmediata para evitar un perjuicio irremediable, y en ningún caso debe responder al deseo del médico de efectuar experimentos científicos por publicitados que sean.

En el caso que motiva la presente acción de tutela, hubo dos operaciones: una inicial, la “meatotomía”, practicada un mes y diez días después de la mutilación, y la segunda, de “readecuación de sexo”, seis años después. Luego el calificativo de atención inmediata no vendría al caso, no puede hablarse de una situación de urgencia que pusiera en peligro la vida y que sustituyera el consentimiento del paciente. Y tan es así que los médicos buscaron una previa “autorización” de los padres y sólo después de que por escrito ellos la dieron se procedió a operar.

[...]

En efecto, en casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que [...] aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses.

Por ello, en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional.

[...]

Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía.

[...]

El sexo constituye un elemento inmodificable de la IDENTIDAD de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada, puede consentir en una readecuación de sexo y aun de “género” (como dicen los médicos) porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados ni tampoco puede su identidad ser desfigurada para que el contorno dentro del cual vive se haga a la idea del “género” que unos médicos determinan con la disculpa de que era lo “menos

malo”. En la identidad de las personas no cabe determinismo extraño. Si cupiera, habría que concluir que el infante que nació varón y a quien la decisión paternalista de un grupo médico lo ubica en la sociedad como mujer, tendría necesariamente que convertirse en un ser sumiso y cobarde frente a lo que otros decidieron y tendría que permanecer en el reposo que le señaló una conceptualidad científica extraña y ello desvirtuaría el libre desarrollo de la personalidad que en este aspecto sólo él puede señalarse y por consiguiente cualquier autorización escrita de los padres no es más que un simple juego de palabras. En conclusión, los padres no pueden permitir que se altere la IDENTIDAD (EN LO SEXUAL) DE SU HIJO. Y los médicos no podían basarse en esa autorización paterna para hacer el tratamiento.

Si el menor aspira a ser hombre por encima de las dificultades es libre para tomar en sus manos su propio devenir. Y sus padres no pueden ni podían autorizar que unos médicos, que en cierta forma se aprovecharon de la ignorancia de unos campesinos y de circunstancias que posibilitan un experimento, preferenciaran el sexo femenino (que no era el natural del niño) sobre la identidad propia del infante, afectada por una mutilación pero NO destruida en su totalidad; y tan es cierto esto que LA NATURALEZA DEL MENOR SE REBELÓ y por eso rechazó el tratamiento médico que se le daba y acudió ante el Estado mediante el mecanismo de la acción de tutela para que le amparara su identidad de hombre.

En el presente caso quien interpuso la tutela no deja la menor duda de que el menor es varón. Si no se está ante la presencia de un transexual, bisexual, hermafrodita o seudo hermafrodita, hay que respetar la VERDAD NATURAL Y PERSONAL. Un caso fortuito, completamente extraño a la persona, ajeno a su voluntad no tiene la causa suficiente para alterar esa verdad, esa naturaleza. Cuando la mutilación se presenta, el paciente tiene posibilidad de decidir. Si no lo hizo antes lo puede hacer ahora que tiene uso de razón.

Es inhumano que si el pene y los testículos fueron cercenados, la solución sea volver a la víctima mujer. Éste es un trato denigrante.

[...]

El expreso consentimiento informado del propio paciente es indispensable para cualquier tratamiento médico de readecuación del sexo. Como esto no ocurrió y la tutela se instauró para proteger el derecho a la identidad según se explicó anteriormente, prosperará no sólo por tal violación sino por afectar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

[...]

Determinaciones

a. El ICBF, en la actualidad, es la única entidad en la cual el menor tiene confianza, por los servicios de asistencia que viene prestando.

- b. El menor se encuentra hoy en un medio donde es difícil adecuar la cultura para lograr su identidad sexual. Aunque tampoco desea un rompimiento con su familia, de todas maneras ésta no ofrece el clima adecuado para tan compleja terapia.
- c. En el presente caso quien interpuso la tutela no deja la menor duda de que el menor es varón. Si no se está ante la presencia de un transexual, bisexual, hermafrodita o pseudo hermafrodita, hay que respetar la VERDAD NATURAL Y PERSONAL. Un caso fortuito, completamente extraño a la persona, ajeno a su voluntad no tiene la causa suficiente para alterar esa verdad, esa naturaleza. Cuando la mutilación se presenta, el paciente tiene posibilidad de decidir. Si no lo hizo antes lo puede hacer ahora que tiene uso de razón. Es inhumano que si el pene y los testículos fueron cercenados, la solución sea volver a la víctima mujer. Éste es un trato denigrante.
- [...]

RESUELVE

REVÓQUENSE los numerales primero y tercero de la sentencia del 23 de mayo de 1995 proferida por el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Civil, fallo materia de revisión.

CONCÉDASE la tutela al menor cuya identificación aparece en la solicitud y por lo tanto se le protegen los derechos fundamentales a la identidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

ORDÉNESE al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, representado por su Director, que le preste a la persona vulnerada a cuyo nombre se instauró la tutela, la protección adecuada consistente en el tratamiento integral físico y psicológico requerido para la readecuación del menor, previo consentimiento informado, y en relación con la mutilación sufrida y a la cual se ha hecho referencia en este fallo. Este tratamiento integral podrá tener continuidad más allá de los 18 años siempre y cuando un grupo científico interinstitucional lo considere conveniente. El mismo grupo interinstitucional, junto con el correspondiente defensor de menores, hará el seguimiento al tratamiento.

CONFÍRMESE el numeral segundo de la sentencia de revisión en cuanto ordenó la corrección del registro civil de nacimiento.

ENVÍESE copia de esta sentencia al Tribunal de Ética Médica para lo que estime pertinente.

ENVÍESE copia de este fallo a la Defensoría del Pueblo para que, si el menor lo acepta, se designe por el Defensor del Pueblo un abogado que inicie el correspondiente juicio de responsabilidad civil por el daño sufrido por el menor debido a la “readecuación de sexo” o “transformación de órganos sexuales”, practicada sin su consentimiento.

[...]

Cuestiones a debatir

Uno de los problemas que la población transexual debe enfrentar son los propios prejuicios del cuerpo de profesionales de la salud frente a un individuo que no “comparte la normalidad sexual”. Desde el punto de vista estrictamente biológico, el transexual no tiene una ambigüedad sexual o genital, como sí sucede en los casos de hermafroditismo; el sujeto transexual se identifica con un género distinto a su sexo biológico.²²⁴ Esto puede significar que, aun cuando este tipo de intervenciones son perfectamente viables, éstas no lleguen a hacerse por las resistencias culturales frente a la homosexualidad y los transexuales. Debido a esta resistencia, las personas transexuales que buscan una identidad sexual son objeto muchas veces de intervenciones riesgosas y rudimentarias, como las inyecciones de silicona para implantarse mamas.

En estos casos, la intervención biomédica puede ser paradójica: al procurar pautas de acción hacia la normalización, no necesariamente se comprenden las necesidades propias de este grupo, relacionadas con la identidad y la experiencia de vida como un ser transexual. Por esto, la solicitud de un cambio de sexo, más allá de las consideraciones médicas, exige una mirada que logre desafiar los roles de género y las identidades sexuales que controlan, clasifican y normalizan a las personas según sus características genitales.

Preguntas

1. ¿Considera que la decisión de emascular al niño en este caso obedeció a una condición terapéutica? ¿Qué elementos culturales cree usted que influyeron en la decisión de intervenirlo?
2. ¿Cómo entiende el Tribunal de primera instancia el bien superior del menor?
3. ¿Usted cree que la Corte se vale del criterio de competencia de Gillick para decidir si el menor está en condiciones de consentir una operación y revertir así su situación?
4. ¿Es posible que al conceder la tutela la Corte haya considerado elementos sobre normalidad sexual, o que más bien haya acogido la tutela con base en una posible vulneración de los derechos del niño?
5. ¿Cómo relacionaría la noción de identidad contenida en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño —artículo 8, en este caso— y en especial sobre su derecho a la salud?

²²⁴ M. Pecheny y M. Petracchi, “Derechos humanos y sexualidad en Argentina”, *op. cit.*, p. 57.

Capítulo cinco PROPIEDAD

Helena Alviar García¹

La participación de la teoría feminista en el debate jurídico sobre la propiedad ha tenido a grandes rasgos, en América Latina, tres manifestaciones principales que se detallan a continuación.

En primer lugar, como lo aborda el capítulo “Ciudadanía” de este libro, a través de una corriente de activistas y académicas² que ha promovido la consagración de la igualdad con el establecimiento de derechos para las mujeres.³ De este principio se desprenden múltiples desarrollos legales: acceso igualitario a la educación, a la salud, a las pensiones y a la propiedad. Entre estos desarrollos

¹ Profesora de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Agradece la colaboración de Gina Cabarcas Maciá y la extraordinaria, exigente y paciente labor editorial de Cristina Motta y Macarena Sáez.

² Ver Mary Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of Women*, Carol H. Potson, ed., W.W. Norton, New York, 1975; Amy Gutmann, *Liberal Equality*, Cambridge University Press, New York, 1980; Alison M. Jaggar, *Feminist Politics and Human Nature*, Rowman & Alanheld, Totowa, 1983; Frances E. Olsen, “The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform”, *Harvard Law Review*, vol. 96, N° 7, 1983, pp. 160-178; Joanne Conaghan, “The Invisibility of Women in Labour Law: Gender Neutrality in Model-building”, *International Journal of the Sociology of Law*, 14, 1986, pp. 377-392; Mary Joe Frug, *Women and the Law*, The Foundation Press, New York, 1992.

³ Ver Dirección Nacional de Equidad para las Mujeres, *40 años del voto de la mujer en Colombia. Leyes y jurisprudencia*, Tomos 1 y 2, Dirección Nacional de Equidad para las Mujeres, Presidencia de la República, Bogotá, 1998.

legales se encuentran las reformas agrarias,⁴ la regulación de la propiedad ejidal⁵ y el acceso a la vivienda urbana.⁶

Otra corriente ha promovido el estudio de los impedimentos sociales, económicos o culturales que enfrentan las mujeres cuando intentan acceder a la propiedad.⁷ Por impedimentos sociales y económicos se entienden las condiciones de clase o de ubicación regional que impiden que las mujeres puedan ejercer los derechos de propiedad, como cuando son simples arrendatarias, o cuando han sido desplazadas por causas de violencia. Por factor cultural se entiende el análisis de cómo la construcción de “lo femenino” y de “lo masculino” limita las posibilidades de acceso a ciertos tipos de propiedad. Muchos de estos estudios han sido fundamentales para entender las dificultades que, no obstante su consagración legal, enfrentan las mujeres para acceder al derecho de propiedad. Dentro de esta segunda categoría se encuentran los informes que diferencian las consecuencias que los conflictos armados⁸ y el desplazamiento forzado han

⁴ Por ejemplo la ley 160 de 1993 (Ley de Reforma Agraria) en Colombia, establece como uno de sus objetivos: “Apoyar a hombres y mujeres campesinos de escasos recursos en los procesos de adquisición de tierras promovidos por ellos mismos, a través de crédito y subsidio directo”. Las reformas agrarias de Chile para el período de Frei y Allende reforzaron el papel del hombre como el principal productor de la familia limitando las oportunidades de las mujeres de participar en la repartición de tierras. Heidi Tinsman, disponible en http://metalib.wisconsin.edu.ezproxy.library.wisc.edu/V/8NCIIT5V7T129TJGLQ4956LAMYVPITTBH1FR2HNI57S82KP1RJ-04309?func=quick-3&short-format=002&set_number=000869&set_entry=000003&format=999. Duke University Press, Durham, 2002. En México, la Constitución de 1917 introdujo el concepto del carácter social del derecho de propiedad. Además, como lo dice el *Marco regulatorio y general del desarrollo urbano y gestión urbana* en el mismo país, “La Ley General de Asentamientos Humanos de 1976 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, fue un ordenamiento jurídico de vanguardia en su época, que fomentó el proceso de regulación de los asentamientos humanos en todo el país”. Disponible en www.urbalvictoria.gob.mx/victoria/intru_general.htm.

⁵ Magdalena León, comp., *Poder y empoderamiento de las mujeres*, Tercer Mundo Editores, Santafé de Bogotá, 1997; Magdalena León y Eugenia Rodríguez Sáenz, eds., *¿Ruptura de la inequidad? Propiedad y género en la América Latina del siglo XIX*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2005.

⁶ Alrededor de la reforma urbana han surgido conceptos como el de mujeres cabeza de familia en Colombia, y el de jefas de hogar en Argentina. Esto con el objeto de que las mujeres puedan convertirse en titulares de derechos de propiedad de viviendas familiares.

⁷ Ver Nancy Holmstrom, “A Marxist Theory of Women’s Nature”, *Ethics*, vol. 94, N° 1, abril de 1984, pp. 456-473; Lise Vogel, *Marxism and the Oppression of Women: Towards a Unitary Theory*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1983; Annette Kuhn y Ann Marie Wolpe, eds., *Feminism and Materialism: Women and Modes of Production*, Routledge and Kegan Paul, Boston, 1978; Ann Foreman, *Femininity as Alienation: Women and the Family in Marxism and Psychoanalysis*, Pluto Press, London, 1977.

⁸ Ver, por ejemplo, “Primer avance del informe sobre violencia contra las mujeres y las niñas en el conflicto armado colombiano”. Informe especial de la Red de Solidaridad Social, 31 de

tenido en las mujeres y las niñas; textos que demuestran los vacíos legales que se producen como consecuencia de la estructura patriarcal de la sociedad,⁹ estudios que muestran cómo la violencia doméstica¹⁰ afecta las posibilidades de las mujeres de acceder al empleo¹¹ y a la propiedad.

En tercer lugar, una corriente feminista crítica del derecho en la región ha analizado diversas normas para establecer cómo, a pesar de los diferentes esfuerzos regulatorios, su interpretación y puesta en práctica por medio de políticas públicas ha sido menos generosa con las mujeres.¹² En este caso, la teoría feminista ha sido crítica tanto del sistema legal como un todo, como de las leyes y reformas propuestas por feministas de diferentes inclinaciones ideológicas.

Este capítulo aborda las distintas maneras en que la jurisprudencia ha reiterado o profundizado la inequidad en la región. El capítulo ofrece, también, algunos casos excepcionales en los que las leyes, políticas públicas o la labor de las cortes ha dado pasos en la transformación de esa inequidad.

Se examinan así las características principales tanto de la legislación que promueve el acceso femenino a la propiedad, como las limitaciones de la legis-

agosto de 2001, disponible en www.mujieryconflictoarmado.org/pdfs/mca_1er_avance_2001.pdf.

⁹ Ver Helena Alviar García, *El lugar de la teoría feminista en el derecho y el desarrollo*, tesis doctoral (publicación pendiente).

¹⁰ Ley 294 de 1996, reformada por la ley 575 de 2000. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los Estados de la región son especialmente responsables de respetar el derecho a la vida de la mujer. Ver caso “Saúl Godínez Cruz contra Honduras”, sentencia del 20 de enero de 1989. Así mismo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Comité que monitorea la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer han afirmado que el derecho a la vida no puede entenderse de manera restrictiva y que su protección exige que los Estados adopten medidas positivas. Ver Comité de Derechos Humanos (CDH), Observación general N° 6: El derecho a la vida (artículo 6), N.U. Doc. CCPR/C/21/Rev. 1, 30 de julio, 1982, párrafo 5 y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Recomendación general N° 19: La violencia contra la mujer, Doc. N.U. A/47/38, 30 de enero de 1992, párrafo 7.

¹¹ Ver Heidi Tinsman, disponible en http://metalib.wisconsin.edu.ezproxy.library.wisc.edu/V/8NCIIT5V7T129TJGLQ4956LAMYVPITTBH1FR2HNI57S82KP1RJ-04309?func=quick-3&short-format=002&set_number=000869&set_entry=000003&format=999, *op. cit.* Durante el período de la reforma agraria emprendida por el gobierno de Eduardo Frei (Democracia Cristiana) y de Salvador Allende (Unión Popular), se promovió un modelo de familia campesina en el que el hombre padre y cabeza de la familia era el principal sujeto de la redistribución de tierras, explotador y trabajador de ellas.

¹² Ejemplos de este tipo de análisis serían los siguientes artículos: Isabel Cristina Jaramillo y Helena Alviar, “La violencia silenciosa”, publicado en *Semana.com* el 12 de diciembre de 2003; “La violencia doméstica como asunto de todos”, publicado en *Semana.com* el 13 de agosto de 2006, y “¿Es suficiente con incluir una mujer en la lista?”, publicado en *Semana.com* el 5 de junio de 2006.

lación y de su interpretación judicial. Los casos aquí analizados cubren tres ejes temáticos: (I) las consecuencias positivas y negativas que tiene el vincular la identidad femenina con la maternidad y el acceso a la propiedad; (II) la configuración del acceso privilegiado a la propiedad y, (III) las tensiones entre grupos marginados.

Antes de iniciar el debate en torno a la perspectiva de género y la propiedad, es muy importante hacer algunas precisiones sobre la definición de este derecho en la región. Los derechos de propiedad forman parte de lo que en la doctrina jurídica se llama teoría de los bienes;¹³ en su evolución histórica ha pasado de ser un derecho absoluto¹⁴ a tener como limitación su función social.¹⁵

Para efectos de este capítulo, el derecho de propiedad se define aquí como la capacidad de gozar, usar y disponer de un bien de acuerdo con las limitaciones legales, entre ellas su función social. Adicionalmente, el derecho de propiedad incluye la posibilidad de contar con los recursos de una sociedad sin impedimentos legales a su libre acceso. En este sentido, el derecho de propiedad comprende la posibilidad de producir riqueza a través del trabajo,¹⁶ por lo que el análisis incluye el acceso a la riqueza, los predios rurales, la propiedad urbana y los establecimientos de comercio.¹⁷

¹³ Ver Luis Guillermo Velásquez Jaramillo, *Bienes*, Temis, Bogotá, 2004; Raúl H. Ochoa Caravajal, *Bienes*, Temis, Bogotá, 2006; Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., *Tratado de los derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005; Daniel Peñailillo, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007; Edmundo Gatti, *El derecho real: Elementos para una teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998; Lily Flah, *Derechos reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994; Aníbal Vélez Somarriba, *Personas, bienes y derechos reales*, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Tabasco, 1995; Óscar Morineau, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1948.

¹⁴ Por ejemplo, el Código civil colombiano, en su artículo 669, define la propiedad de la siguiente manera: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad”.

¹⁵ Un recuento de estas transformaciones en el derecho de propiedad se puede ver en Steven E. Hendrix, *Property Law Innovation in Latin America with Recommendations*, Boston College International and Comparative Law Review, vol. 18, N° 1, 1995.

¹⁶ Esta combinación entre trabajo y acceso a los recursos es desarrollada por John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

¹⁷ Según al artículo 515 del Código de comercio de Colombia, un establecimiento de comercio es “[...] un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales”.

I. LAS CONSECUENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS DE VINCULAR LA IDENTIDAD FEMENINA CON LA MATERNIDAD Y EL ACCESO A LA PROPIEDAD

La consagración de la propiedad como un derecho ha sido uno de los pilares fundamentales del ejercicio de la libertad en el liberalismo clásico. Esta relación entre propiedad y libertad es argumento y justificación del contrato social.¹⁸ En otras palabras, una de las razones por las cuales los ciudadanos se acogen a las normas de un Estado es para recibir a cambio la protección de la propiedad individual.¹⁹

Con el fin de delimitar el papel de la propiedad privada en la concepción clásica del liberalismo, haré un breve resumen de sus principios básicos. En su sentido más amplio, el liberalismo se puede entender como una posición filosófica que abarca una concepción del individuo y sus valores, así como una tradición política que contiene un conjunto de presupuestos sobre el adecuado funcionamiento del gobierno, la economía y el derecho.

Para efectos de su relación con la propiedad, el liberalismo se tomará como una corriente de pensamiento dentro de la tradición política. Los liberales clásicos tienen una concepción definida del ser humano y de la sociedad: una concepción individualista, pues privilegia a las personas frente a las exigencias de la colectividad social; igualitaria, porque las leyes se deben aplicar a todos y porque prohíbe, en un determinado orden político y legal, la inclusión de las diferencias en el momento de valorar a los seres humanos; y universalista, pues desconoce condiciones históricas, diferencias de género, clase, raza o cultura.²⁰

La estructura política ideal²¹ se traduce en la consagración de una serie de libertades civiles: libertad de pensamiento, libertad de expresión y de asociación,

¹⁸ Aquí se podrían incluir los autores que dentro de la teoría política clásica se han llamado contractualistas. Entre ellos se encuentran Thomas Hobbes, John Locke y Jean Jacques Rousseau.

¹⁹ La consagración del derecho a la propiedad privada como un pilar del Estado de derecho es un tema fundamental para los pensadores del liberalismo clásico, entre ellos principalmente John Locke. Locke específicamente dice: "The Supreme Power cannot take from any Man any Part of his Property without his own consent. For the preservation of Property being the end of Government, and that for which Men enter into Society, it necessarily supposes and requires, that the People should have Property." John Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, pp. 360-361. Locke, versión castellana, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, *op. cit.*

²⁰ En relación con la propiedad, como se verá más adelante, la universalidad no fue real.

²¹ Establecer una estructura política ideal es una generalización, pues el liberalismo, como estructura político-jurídica, se caracteriza por su diversidad. Sin embargo, para los objetivos de este capítulo, se tomarán las características comunes al liberalismo clásico como estructura

y la protección de la propiedad privada y el control de las instituciones públicas mediante una opinión pública informada. La división de poderes, con funciones claramente establecidas, así como el sistema de frenos y contrapesos, hace que se garantice la libertad de pensamiento, expresión y asociación.²² El conjunto de derechos que garantizan la libertad, la privacidad y permiten la convivencia en la sociedad hacen parte del sistema político. Las únicas restricciones a la libertad deben venir de unas normas cuya justificación sea exclusivamente su utilidad para el mayor número de miembros de una sociedad.²³

Por otra parte, y como desarrollo del principio de legalidad y el debido proceso, el Estado tiene la obligación de respetar este derecho y, en los casos excepcionales de expropiación, debe ajustarse a los procedimientos que consagra la ley. El principio de legalidad garantiza que todos los ciudadanos tengan los mismos derechos, que se acojan por igual a un sistema de normas estable y aplicable a todos con imparcialidad y neutralidad, el gobierno incluido. El debido proceso garantiza que si alguno de los derechos va a ser limitado, exista un proceso consagrado legalmente que garantice que los ciudadanos puedan conocer, controvertir y defender sus intereses frente a estas limitaciones. Estas dos garantías son esenciales del derecho de propiedad: por un lado, el acceso a la propiedad es universal, imparcial y neutral y, por otro, en los casos en los que este derecho se debe limitar, su procedimiento está consagrado legalmente.

Debido a su importancia para el Estado de Derecho, el acceso libre a la propiedad es parte fundamental de las constituciones modernas de la región.²⁴ La neutralidad en la consagración de este derecho ha sido una de sus caracte-

político-jurídica. (Ver Guido de Ruggiero, *La historia del liberalismo europeo*, Ediciones Pegaso, Madrid, 1944.)

²² Para Montesquieu, la división de poderes es la garantía de la libertad: “Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad, falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente.

”No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo, y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos, como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”. Barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Editorial Oveja Negra, Bogotá, 1990, p. 34.

²³ Esta visión del derecho, que se ha relacionado con el liberalismo clásico, proviene de Jeremy Bentham.

²⁴ La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Por otra parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XXIII, establece: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y el hogar”.

rísticas fundamentales. Sin embargo, el acceso a la propiedad ha sido restringido históricamente por razones de raza, clase o género, como lo demuestran economistas y sociólogos.²⁵

La neutralidad, en el caso particular de las mujeres, no ha sido una garantía: en la mayoría de los países las mujeres han tenido menos acceso que los hombres a la propiedad. Aunque es difícil encontrar datos exactos, Magdalena León y Carmen Diana Deere, en su estudio extensivo sobre la propiedad y género en América Latina, sostienen:

Lamentablemente, se han hecho muy pocos estudios sobre la distribución de propiedad por sexo. Una cifra que se cita con frecuencia es que las mujeres constituyen la mitad de la población mundial, ocupan una tercera parte de los registros oficiales de la fuerza laboral, realizan dos terceras partes del trabajo, pero ganan sólo una décima parte del ingreso mundial y poseen sólo el 1% de la propiedad en el mundo.²⁶

En consecuencia, la consagración y ejercicio de la propiedad en términos universales y neutrales no necesariamente traen como consecuencia la igualdad de condiciones para acceder a ella. En relación con este primer tema, y a partir de los casos desarrollados, se demostrará que el identificar a las mujeres como proveedoras de cuidado, cariño y valores, en oposición a los hombres como proveedores económicos, en algunos casos limita sus posibilidades de ser propietarias. En otros casos, los jueces han contabilizado el trabajo reproductivo y han permitido el acceso a la propiedad cuando el objetivo de la legislación ha sido proteger a los niños de una familia, como cuando se trata de la disolución de la sociedad conyugal.

A. PRIMER PROBLEMA: LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y DE LA MADRE EN LA DISTRIBUCIÓN DE BIENES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL. EL RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO REPRODUCTIVO

En el derecho de familia, los efectos patrimoniales de las uniones civiles, la administración del patrimonio familiar y las normas que regulan la disolución

²⁵ Para el caso específico de la inequidad en la distribución de la propiedad y las mujeres, ver M. León, y E. Rodríguez, eds., *¿Ruptura de la inequidad? Propiedad y género en la América Latina del siglo XIX*, op. cit.; Carmen Diana Deere y Magdalena León, *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina*, Tercer Mundo Editores y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2000; Silvia M. Arrom, "Cambios en la condición jurídica de la mujer mejicana en el s. XIX", en José Luis Soberanes Fernández, comp., *Memoria del II Congreso de historia del derecho mexicano*, UNAM, México D.F., 1981.

²⁶ C. D. Deere y M. León, *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina*, op. cit., p. 2.

de la sociedad conyugal afectan de manera directa el acceso de las mujeres a la propiedad, como lo demuestran las sentencias de este aparte. Al momento de la disolución y la liquidación de la sociedad conyugal, o de la sociedad devenida de una unión marital de hecho, a la mujer le es adjudicada la propiedad sobre ciertos bienes. Cuando se trata de un inmueble de vivienda familiar, en algunos casos la mujer recibe la propiedad sobre éste.

En este sentido, las sentencias que se presentan a continuación son ejemplos del reconocimiento judicial del valor del trabajo reproductivo en la distribución de la propiedad en la sociedad conyugal. El trabajo reproductivo es un concepto desarrollado originalmente por Engels en *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*.²⁷ Con la industrialización y el establecimiento de la propiedad privada, según Engels, la forma de producción pasa del núcleo familiar privado a lo público. A los hombres se les facilitó el acceso a la esfera pública porque no tenían las obligaciones de cuidado de la familia. Lentamente, el trabajo productivo empezó a ser valorado en términos sociales y económicos —se hacía a cambio de un salario—, y el trabajo reproductivo, es decir, todo lo relacionado con el cuidado, la alimentación y el mantenimiento de los miembros de la familia, fue devaluado y desestimado como trabajo. Las mujeres fueron empujadas y relegadas al ámbito de lo privado, y los hombres promovidos al ámbito de lo público. Esta división del trabajo, en efecto, impide que las mujeres accedan a la propiedad y, en consecuencia, las hace más pobres, más dependientes de los hombres.²⁸

En el primer caso objeto de análisis, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en Chile, otorga una compensación económica a la cónyuge por concepto de trabajo doméstico. Junto con la disolución de la sociedad conyugal, a la mujer se le reconoce un derecho patrimonial adicional.

En el caso colombiano se solicita el reconocimiento del derecho de posesión a favor de una mujer sobre un bien habido en la unión marital de hecho. Además de cuestionarse el valor del trabajo reproductivo sobre el derecho de propiedad, estas sentencias invitan a preguntarse sobre los derechos de terceros de buena fe.

²⁷ Federico Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Planeta Agostini, Madrid, 1992.

²⁸ Una recopilación de las diferentes maneras como la dependencia económica afecta a las mujeres se encuentra en Leslie Kurshan, “Rethinking Property Rights as Human Rights: Acquiring Equal Property Rights for Women Using International Human Rights Treaties”, *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, vol. 8, 2000, p. 353.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Chile

Rol 529-2006

20 de junio de 2006

Problema jurídico

¿Cuando la sociedad conyugal llega a su fin, se le debe otorgar a la cónyuge una compensación económica por haberse dedicado al trabajo del hogar, en reconocimiento entre otras a su imposibilidad para adquirir un patrimonio propio?

Hechos

En un proceso de divorcio de un matrimonio de dieciséis años, la cónyuge, de 61 años de edad, demanda a su marido y le exige el pago de una compensación económica por todos los años que le dedicó al trabajo doméstico, y que le impidieron estudiar alguna carrera técnica.

Decisión de la Corte

La Corte reconoce que la mujer no habría podido acceder de ningún modo a un patrimonio propio durante la vigencia de la sociedad conyugal por haberse dedicado al cuidado de la casa. Se le otorga entonces la posibilidad de propiedad sobre un excedente, además del resultado de la partición de la sociedad conyugal. La Corte decide concederle a la cónyuge solicitante una compensación económica.

Extractos

[...]

La compensación económica demandada en autos por vía reconventional corresponde a una institución de derecho matrimonial introducida por la ley N° 19947; y tiene por objeto resarcir al cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, del menoscabo económico sufrido como consecuencia de no haberse dedicado a una actividad lucrativa o haberlo hecho en menor medida (artículo 61). De esta forma, no es efectivo —como lo sostenía la juez del grado— que tenga un carácter asistencial, sino que con toda evidencia el objetivo por el legislador es de un contenido netamente indemnizatorio, por lo que no son los factores de indigencia y dignidad los que deben ser resguardados, sino aquellos establecidos en el artículo 62 de la citada ley, y que son: a) duración del matrimonio y de la vida en común; b) situación patrimonial de ambos; c) buena o mala fe; d) edad y estado de salud del cónyuge beneficiario; e) situación de éste en materia de beneficios provisionales y de salud; f) cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral; y g) colaboración prestada a las actividades lucrativas del otro cónyuge. No se opone a dicha prescripción, la consideración de otros criterios igualmente útiles, siempre que no pierdan de vista el objetivo señalado, como po-

drían ser: grado de compromiso en la relación sentimental (un matrimonio cifrado en un escaso o nulo vínculo afectivo entre los cónyuges, introduce afectaciones en cuanto a su longevidad), edad y estado de salud del otro cónyuge, facultades económicas de éste (que no es lo mismo que tener en cuenta su situación patrimonial), comportamiento económico durante la convivencia y la separación que precede al divorcio, etc[étera].

[...]

La juez del grado rebatió la procedencia de la antedicha compensación, cifrada en que no se habría acreditado el referido menoscabo económico, porque durante la vigencia del matrimonio en cuestión habría podido estudiar una carrera técnica y contar con ingresos propios que le habrían ayudado a solventar sus gastos. Sin embargo, el estudio de una carrera técnica menor y hasta el procurarse ciertos aportes económicos a través de ellos que en la especie no se han determinado en su cantidad e importancia, en nada refutan los presupuestos fácticos esenciales del beneficio en referencia si, como sucede en la especie, no resulta discutido que la mujer se dedicó efectiva y principalmente al cuidado de los hijos (que en este caso, todavía, ni siquiera eran comunes) y que ello le impidió al menos en una medida inferior desarrollar una actividad lucrativa a tiempo completo, que le hubiese permitido mirar con mayor tranquilidad su futuro sustentable.

[...]

Sentada del modo anterior la procedencia de la compensación, queda por ponderar su entidad a la luz de los criterios aludidos en el artículo 62 de la ley matrimonial y de otros que pudieran aportarse en la especie. Al efecto, no resulta debatido que la duración efectiva del matrimonio alcanzó a 16 años; que la actora reconventional mantuvo durante su latencia y también posteriormente, un claro y profundo compromiso afectivo, como lo delata la dedicación empleada en la atención de los hijos de su cónyuge; que el demandado reconventional ha podido sufragar sin problemas una pensión alimenticia de \$139.234 [...]; que la mujer sufre de un cáncer de colon (certificado inobjetado de fs. 28). Un elemento de juicio poderoso en el caso *sub lite* es la edad de la mujer al momento de la disolución del vínculo matrimonial, 61 años, que obviamente le dificultan el acceso al mercado laboral femenino. Naturalmente, del otro lado, la edad, dificultades de salud y facultades económicas del demandante principal, impiden asimismo conceder una compensación como la que solicitaba originalmente aquélla.

[...]

En consecuencia y teniéndose en cuenta todos los factores que antes se han mencionado, esta Corte estima del caso regular la compensación debatida en una suma de dinero solucionable en cuotas, en que el no pago de una de ellas haga exigible el total, lo que se hace en la suma total y única de 993,6 Unidades de Fomento (equivalentes a la fecha de este fallo a \$18.023.218), que podrán ser sufragadas en 180

cuotas mensuales iguales de 5,52 Unidades de Fomento (\$100.128,9 a esta data), a contar del mes siguiente a la fecha en que esta sentencia resulte ejecutoriada. Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 170 inciso final, 186 y 187 del Código de procedimiento civil, se declara: Que se **REVOCA** la sentencia apelada de fecha 20 de marzo de 2006, [...] en aquella parte que denegaba la demanda reconventional de compensación económica, a la que, en cambio, se **DA LUGAR** sólo en cuanto se la regula en la suma total y única de 993,6 Unidades de Fomento (equivalentes a la fecha de este fallo a \$18.023.218), que podrán ser sufragadas en 180 cuotas mensuales iguales de 5,52 Unidades de Fomento (\$100.128,9 a esta data), a contar del mes siguiente a la fecha en que esta sentencia resulte ejecutoriada. El no pago de una de las cuotas hará exigible el total señalado, como de plazo vencido; y en tal caso, se devengarán, además, intereses corrientes. Se **APRUEBA**, en lo demás, el citado fallo.

Corte Constitucional de Colombia **Sentencia T-494 de 1992**

Problemas jurídicos

¿El trabajo doméstico se debe considerar un aporte de industria a la sociedad conyugal de hecho? ¿La posesión se puede considerar un derecho fundamental?

Hechos

Una mujer convive con un hombre aproximadamente veinticuatro años. La peticionaria es poseedora de la casa en la que vivía desde 1970, cuando su compañero, con quien pasa a habitarla, la adquiere. Éste fallece en 1990. Como resultado del proceso de sucesión, la única heredera es la hermana del causante; a ésta se le adjudican todos los bienes, la casa incluida. La mujer inicia un proceso paralelo al de sucesión para que se reconozca la existencia de la unión marital de hecho entre ella y su compañero, ahora fallecido, y su posterior disolución por esta causa. La conviviente se opone a la entrega de la casa.

Decisión de la Corte

La Corte decide revocar la sentencia de primera instancia, ordena al juez abstenerse de entregar el inmueble a la heredera y, “en cualquier futura entrega del inmueble que realice la autoridad competente, respetar la posesión y los frutos del trabajo de la peticionaria”. Además establece como regla que

En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que exista realmente trabajo doméstico en las relaciones entre hombre y mujer, la doctrina constitucional enunciada en esta sentencia tendrá **CARÁCTER OBLIGATORIO** para las autoridades, en los términos del artículo 23 del decreto 2591 de 1991.

En virtud del derecho fundamental a la posesión, la Corte ordena revocar el fallo de la Corte Suprema de Justicia, que exigía la entrega del inmueble a la hermana del difunto.

Extractos²⁹

[...]

El sentenciador parece creer que los únicos aportes a una sociedad de hecho deben ser dinero o bienes relevantes en el mercado, con lo cual descarta de plano el denominado aporte de industria. Seguramente por eso se abstuvo de considerar por un momento siquiera si el trabajo doméstico de la concubina tuvo o no significación económica suficiente para reconocerle, con todas sus consecuencias, la calidad de socio. El desconocimiento del trabajo doméstico de la peticionaria involucrado en la amenaza de despojo, sin debido proceso, del inmueble en que ella habita hoy adquirido y mejorado progresivamente, durante la unión de hecho y como fruto del esfuerzo conjunto de los concubinos, viola abiertamente los derechos constitucionales de igualdad, debido proceso y no discriminación en contra de la mujer.

[...]

La posesión, un derecho fundamental

Obran pruebas en el expediente según las cuales durante la convivencia de la peticionaria con su difunto compañero adquirieron una casa ubicada en la carrera 17A N° 16-54 del barrio Belalcázar de Cali, a la cual le hicieron algunas mejoras y arrendaron habitaciones a inquilinos que pagaban los cánones de rigor. De otra parte, la peticionaria habita en la actualidad en el inmueble y a través de sus apoderados ha manifestado sus pretensiones de propietaria del 50% del mismo, condición ésta que no ha sido debidamente desvirtuada hasta el momento.

En estas circunstancias, la peticionaria es, cuando menos, titular activa de una relación posesoria cuya naturaleza esencial conviene dilucidar, a efectos de determinar si ella amerita o no la protección específica que la Carta de 1991 otorga a los derechos constitucionales fundamentales.

El tratamiento de este tema nos llevará a ocuparnos del concepto, naturaleza, efectos, protección, utilidad social y económica de la posesión, en la medida estrictamente necesaria para resolver el caso del presente fallo.

En la doctrina nacional más autorizada la posesión es concebida como la subordinación de hecho exclusiva total o parcial de los bienes al hombre.

²⁹ Las citas textuales que aparecen en este extracto estaban destacadas en negrilla en el original. Por consideración con el lector, en aras de la unidad tipográfica del libro, y porque en el contexto de esta publicación no se ameritaba el énfasis, los resaltados aparecen como texto de cita textual. (Nota de las editoras).

Para nuestra Corte suprema en el pronunciamiento más trascendental y riguroso que haya hecho sobre esta materia, la posesión es poder físico directo sobre las cosas, en virtud del cual se ejecutan sobre ellas actos materiales de goce y transformación, sea que se tenga el derecho o que no se tenga; por ella obtenemos de los bienes patrimoniales el beneficio señalado por la naturaleza o por el hombre; ella misma realiza en el tiempo los trascendentales efectos que se le atribuyen, de crear y sanear el derecho, brindar la prueba óptima de la propiedad y llevar a los asociados orden y bonanza; y es ella, no las inscripciones en los libros del Registro, la que realiza la función social de la propiedad sobre la tierra, asiento de la especie y cumbre de las aspiraciones de las masas humanas.

Su naturaleza ha sido objeto de los más amplios debates entre los maestros clásicos, particularmente los estudiosos del derecho romano. Son célebres al respecto las bien conocidas teorías de Savigny y Von Ihering, las cuales han merecido siempre la más amplia atención por parte de nuestros juristas. Así, por ejemplo, en su momento el profesor José J. Gómez observó con toda razón[:]

Viene discutiéndose todavía acerca de si la posesión es un hecho o un derecho. Más que otra cosa el debate es teórico porque si la ley ampara eficazmente la posesión no tiene importancia que lo haga porque sea un hecho o un derecho. [...]. Lo importante es que la proteja. Ciertamente las teorías ideadas para explicar la protección posesoria, casi puede decirse que prescinden de ubicar la posesión en uno u otro concepto. Para Savigny, fundador de la escuela subjetivista, es un hecho; para Von Ihering, es un derecho. Pero al parecer la controversia ha perdido intensidad e interés y hoy apenas si se alude a ella.

Luego de una amplia incursión en el campo del derecho comparado, el profesor Valencia Zea concluye que prevalece la doctrina que considera la relación posesoria como un derecho real provisional por cuanto[:]

En el derecho moderno es derecho subjetivo todo poder de voluntad que ejerza sobre cosas o en relación con otras personas; poderes de voluntad protegidos por el orden jurídico con pretensiones o acciones, a fin de hacerlos valer frente a los demás.

Los derechos sobre cosas que pueden hacerse valer con acciones reales, son los derechos reales. La posesión es un poder de hecho que se ejerce sobre cosas y que se encuentra protegida con verdaderas acciones reales (las acciones posesorias). Desde tal punto de vista, es un hecho cierto que la posesión es un derecho real.

Pero existe una gran diferencia entre la propiedad y la posesión. La primera constituye un poder jurídico definitivo; la posesión, un poder de hecho provisional; provisional en el sentido de que puede caer frente a la acción que se deriva de la

propiedad. De ahí que la doctrina actual predique (en forma bastante unánime) que la posesión es un derecho real provisional.

El más vasto de los efectos de la posesión es el consagrado en el artículo 762 del Código civil cuando dispone que el poseedor se reputa dueño mientras otra persona no justifique serlo. Esta presunción comprende todo tipo de posesión, sin excepción alguna.

Entre las razones clásicas para justificar la protección de la posesión, la más importante que se aduce, es que ella es una exteriorización de la propiedad, una de sus formas más eficaces de prueba y una posición de avanzada de tal derecho, con implicaciones sociales y económicas por su impacto en la creación de riqueza. Es por eso que con sobrada razón observaba Ihering desde el siglo pasado[:]

A menudo la suerte de la propiedad es casi enteramente decidida en la *litis* sobre la posesión, como con la posesión del título está decidida la suerte del valor al portador. Quien pierde o gana la posesión, pierde o gana en la práctica, en la mayoría de los casos, la propiedad, o sea, lo que la propiedad está llamada a procurarles; la seguridad del goce de las cosas, tanto para el propietario como para el no propietario.

Ciertamente en un país con los problemas estructurales de pobreza y subdesarrollo, como Colombia, la justicia a nivel de utilización racional de sus recursos económicos y la función social de los mismos hacen imperativo su ingreso o incorporación efectiva a la economía nacional. Por su naturaleza y alcance, una de las vías más eficaces para lograrlo es, precisamente, el estímulo y protección a formas concretas de posesión material económica, como instrumento privilegiado de acceso a la propiedad.

El trabajo doméstico “femenino” y la desigualdad

Entre los hechos mencionados y probados en el expediente aparecen las diversas actividades que la peticionaria realizó desde el momento mismo en que inició sus relaciones permanentes con su difunto compañero [...], las cuales se prolongaron por espacio de 24 años.

Ellas fueron, entre otras, las labores domésticas propias del hogar, la colaboración en actividades comerciales en las cuales se utilizaron dos vehículos adquiridos durante la unión de hecho, así como también en la explotación conjunta de una casa mediante arrendamiento de piezas a inquilinos, inmueble éste que es actualmente objeto de pleito con la adjudicataria única del difunto [...].

Consta así mismo que la peticionaria cuidó permanentemente de la salud de su compañero y que arregló, lavó y planchó ropa fuera del hogar para contribuir a su sostenimiento.

En virtud de todo lo anterior, la peticionaria considera que hubo una sociedad de hecho y esta Corte advierte que dicho aspecto no será dilucidado por su específica naturaleza y alcance en el presente fallo.

Comoquiera que, en el expediente de tutela se alude a un juicio que se adelanta actualmente ante la Corte Suprema de Justicia para definir la existencia de la sociedad de hecho, el Magistrado Ponente estimó necesario solicitar a esa Corporación formalmente el envío de una copia certificada del expediente, en aras de allegar elementos de juicio que le permitieran resolver la acción de tutela impetrada.

Es así como en tal expediente aparece que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali —Sala Civil de Decisión— negó la existencia de la sociedad de hecho, aduciendo, entre otras razones, que:

A juicio de la Sala, no se reunieron los presupuestos específicos del contrato de sociedad, pues no se estableció que la señora ESTHER VARELA hubiera efectuado algún aporte para la constitución de la sociedad que pretende se reconozca. En efecto, ninguno de los declarantes indica cuál fue el aporte de la demandante, todos se limitan a indicar que ésta colaboraba en las labores domésticas y que realizaba algunos oficios como lavar ropas y cuidar niños que le reportaban algún beneficio económico, pero no indican en qué consistió el aporte a la sociedad, si fue en dinero y en qué cuantía, o en especie y qué bienes aportó. [...]

Como se desprende de lo anterior, el sentenciador parece creer que los únicos aportes a una sociedad de hecho deben ser dinero o bienes relevantes en el mercado, con lo cual descarta de plano el denominado aporte de industria. Seguramente por eso se abstuvo de considerar por un momento siquiera si el trabajo doméstico de la concubina tuvo o no significación económica suficiente para reconocerle, con todas sus consecuencias, la calidad de socio.

Al proceder así el Tribunal comulga con quienes estiman que el trabajo doméstico es “invisible” y como tal, carece de todo significado en la economía del mercado. Esta Corte no puede menos que manifestar su total desacuerdo con dicha visión por cuanto ella estimula y profundiza la desigualdad y la injusticia en las relaciones sociales, hace inequitativo el desarrollo económico y vulnera derechos fundamentales de la persona humana.

Es por eso precisamente que, entidades oficiales tales como el DANE, se hallan hoy empeñadas en la tarea de corregir los índices tradicionales de progreso social y contabilizar dentro del PIB el valor producido por el trabajo doméstico y medir las jornadas reales de trabajo de las personas “para ayudar a orientar el proceso de desarrollo hacia el bienestar colectivo, cerrando de alguna manera la brecha entre lo económico y lo social”.

A nivel internacional, estudiosos serios del aporte de la mujer al desarrollo señalan con toda razón que

Las obligaciones tradicionales de la mujer con respecto a la familia y su trabajo no remunerado en el hogar con frecuencia no se reconocen, pese a tratarse de actividades económicas que contribuyen al ingreso del hogar y por ende al ingreso nacional. Estas actividades que no llevan rótulo de precio en efectivo, no son consideradas una variante importante para el desarrollo y no se tienen en cuenta en el momento de la planificación económica.

Lo anterior lleva a esta Sala a indagar la razón o razones determinantes de la ostensible vulneración del principio de igualdad real consagrado en el artículo 13 de la Carta del 91.

Los fundamentos culturales, ideológicos y estructurales y la lógica de la subordinación sexual que refuerza y prolonga en Colombia tal discriminación han sido estudiados recientemente en un iluminante trabajo académico, elaborado por las profesoras Elssy Bonilla Castro y Penélope Rodríguez S. quienes destacan como

Los atributos sexuales objetivos fundamentan “biológicamente” la división social del trabajo, que asigna “culturalmente” de manera subjetiva, espacios y responsabilidades que son mutuamente excluyentes para hombres y mujeres. Este primer referente al orden social opera como si fuera un orden natural incuestionable que se mantiene mediante una jerarquía básica del poder, centrada en la autoridad masculina. Como producto cultural, la división social del trabajo se transforma en el tiempo, pero el uso subjetivo de los atributos biológicos se mantiene paradójicamente en la base, como constante. Este mecanismo reproduce acríticamente el contenido de las diferencias por el sexo, para sostener una relación formal de subordinación, la cual tiene repercusiones negativas para las mujeres y para la sociedad en su conjunto.

[...]

La división social del trabajo está relacionada también con una separación entre el trabajo remunerado, identificado como productivo —aunque una porción importante de las actividades de las mujeres que se orientan hacia el mercado no son remuneradas— y el trabajo doméstico, definido como improductivo al igual que las mujeres que lo realizan, quienes quedan asimiladas con los incapacitados y los inválidos, a pesar de que el bienestar de éstos depende de las actividades de aquéllas. En este sentido, la subordinación de la mujer es una realidad que permea la esfera económica y las relaciones que son externas al hogar y también la esfera doméstica y sus tareas fundamentales en la reproducción biológica, y la reproducción social. El trabajo doméstico es esencial para la economía, aunque está ligado indirectamente al

proceso de desarrollo y a la acumulación de capital. El rol y la ubicación de la mujer en el proceso de desarrollo está condicionado en gran medida por su papel primario en la esfera reproductiva (Benería y Sen, 1982). Este condicionamiento implica que una parte significativa, cuando no todos los trabajos de la mujer, permanecen invisibles. El trabajo productivo no es fácilmente detectado por la sociedad cuando es adelantado por una trabajadora que realiza también labores domésticas.

De otra parte, los constituyentes de 1991 fueron conscientes no sólo de la discriminación salarial de que es hoy víctima la mujer colombiana sino también [de] que muchas de ellas no reciben ningún pago por su trabajo. Es por ello que pidieron que se elevara a canon constitucional la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer y se garantizaran plenamente sus derechos.

Todos los anteriores elementos permiten afirmar a esta Corte que el desconocimiento del trabajo doméstico de la peticionaria involucrado en la amenaza de despojo, sin debido proceso, del inmueble en que ella habita hoy adquirido y mejorado progresivamente, durante la unión de hecho y como fruto del esfuerzo conjunto de los concubinos, viola abiertamente los derechos constitucionales de igualdad, debido proceso y no discriminación en contra de la mujer, consagrados, respectivamente, en los artículos 13, 29 y 43 de la Carta vigente.

Cuestiones a debatir

Tanto el caso chileno como el colombiano traducen el trabajo reproductivo en un valor económico. En el caso chileno, la compensación económica a favor de la peticionaria se le reconoce dándole la propiedad sobre los bienes muebles. En el caso colombiano, si bien la Corte no decide sobre la propiedad como tal, el reconocimiento del derecho de posesión a favor de la conviviente le permite quedarse en la casa, y además se prohíbe la entrega del bien a quien en virtud de la sucesión había obtenido la propiedad sobre el mismo. En otras palabras, sitúa en un lugar privilegiado la posesión sobre la propiedad.

El reconocimiento de cierta parte de la identidad femenina puede ser visto como una medida afirmativa a favor de la mujer. No obstante, valdría la pena preguntarse sobre el peso de los principios constitucionales en estos casos. ¿Qué consideraciones jurídicas les permiten argumentar en reconocimiento o a favor de la identidad femenina? ¿Por qué no lo hacen a favor del derecho de propiedad absoluta?

Preguntas

En el caso de la sentencia chilena el juez decide a favor de la accionante dejando claro que se comprobó la veracidad del trabajo doméstico alegado. Se le otorgó, en consecuencia, la compensación económica correspondiente.

1. ¿Qué significado y alcance tiene el que la compensación otorgada por la Corte tenga un carácter indemnizatorio y no asistencial?
2. ¿Se podría alegar que la compensación económica para el trabajo reproductivo es una violación del derecho a la igualdad?
3. ¿Si la cónyuge hubiera trabajado en el mercado laboral, y al mismo tiempo se hubiera ocupado en su casa del trabajo doméstico, habría tenido derecho a la compensación económica?
4. ¿En qué medida la compensación económica viola las normas de orden público en materia de divorcio y sociedad conyugal?

En el caso de la sentencia colombiana, la Corte Constitucional decide reconocer la posesión de la compañera permanente sobre el bien habido durante el tiempo transcurrido en la vida en común, en contra del derecho de propiedad de la heredera del fallecido.

1. ¿Por qué en este caso recurre la Corte a la institución del “aporte de industria a la sociedad de hecho”? ¿Qué consecuencia jurídica se deriva de admitir la validez de este argumento?
2. ¿El argumento de la posesión es complementario o suplementario del argumento del aporte de industria a la sociedad de hecho?
3. ¿Qué habría podido argüir la hermana del *de cuius* en caso de haberse pronunciado?
4. Si un tercero de buena fe hubiera sido la persona que buscó reivindicar la propiedad sobre el inmueble, ¿la decisión del juez debería cambiar?

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA IDENTIDAD FEMENINA, EL TRABAJO REPRODUCTIVO Y EL ACCESO A LA PROPIEDAD COMERCIAL

Los individuos vivimos en sociedades, y entre el individuo y la sociedad se establecen relaciones que adquieren formas, formas que a su vez, y con el tiempo, se diferencian unas de otras. Éstas podrían llamarse relaciones de sociabilidad, y dan cuenta del diálogo necesario entre los individuos de una sociedad determinada. No son iguales en el tiempo, dependen del lugar y del momento en los que se desarrollan. La concepción que tienen los individuos de la sociedad en

la que viven y de su lugar en ella determina su manera de vivir y de tratarse. Las concepciones colectivas, a diferencia de muchas representaciones individuales, son parte de la realidad, se fundan en los hechos.³⁰ La visión que concibe al individuo y a la sociedad como opuestos se debe entonces dejar de lado, y más bien tener muy presente la necesidad que tienen los individuos de forjar, reforzar y afirmar continuamente un lugar en la sociedad y mantener o ampliar en ésta su campo de acción. El concepto de configuración social, entonces, es pertinente:³¹ incluye el estudio del individuo y de la sociedad y se define como las formas de relacionarse, vincularse y pertenecer de los individuos a una red en la que son interdependientes. Los individuos pueden distinguirse, pero no separarse de la sociedad; ésta es anterior y posterior a ellos. Los individuos son únicos e irrepetibles, pero mueren. La sociedad cambia mucho más lentamente, y si bien no depende de cada individuo en particular, sí lo hace de ellos en general.³² La idea de configuración social se separa de la sociología weberiana, que define tipos y modelos, y también de la parsoniana, que se centra en sistemas, para proponer un criterio que establece una relación cercana entre la reflexión teórica sobre las configuraciones sociales y los datos sobre los individuos, y sus relaciones en un momento y sociedad dadas.³³

La identificación de la mujer en las sociedades actuales está dada, precisamente, por la configuración social de un discurso en el que confluyen normas jurídicas y sociales. A través de este discurso se ha construido el sujeto político de la mujer, representada dentro de un sistema jurídico en el que se encuentra íntimamente ligada a las relaciones sociales reguladas. En este sentido, la representación funciona como término operativo dentro de un proceso político que intenta extender la visibilidad y la legitimidad hacia las mujeres como sujetos políticos. Además, esta representación tiene una función normativa de un len-

³⁰ Norbert Elias, *La sociedad de los individuos*, Ediciones Península, Barcelona, 1990. p. 101.

³¹ Max Weber, *Economía y sociedad*, tomo I, cap. 1, “Conceptos sociológicos fundamentales”, pp. 5-45; cap. 3, “Los tipos de dominación”, pp. 170-204; tomo II, cap. 7, aptdo. 6, “División del poder en la comunidad. Clases, estamentos y partidos”, pp. 682-694, FCE, México D.F., 1969; Max Weber, “La objetividad cognoscitiva de la ciencia social y de la política social”, en Max Weber, *Ensayos sobre metodología sociológica*, Amorrortu, Buenos Aires, 1990, pp. 39-61.

³² A la realidad la hacen acciones colectivas e individuales. Por medio de la acción y la representación, los individuos le dan sentido al mundo en el que viven. El individuo no está determinado única y exclusivamente por lo que lo antecede, tiene también el poder de crear sus propias representaciones. Ver Roger Chartier, *El mundo como representación: estudios sobre historia cultural*, Gedisa, Barcelona, 1995, p. 56 y ss.

³³ Norbert Elias, *La sociedad cortesana*, FCE, Madrid, 1993; y *La sociedad de individuos*, Editorial Península, Barcelona, 2000, pp. 15-84.

guaje que, según se dice, revela o distorsiona lo que se considera cierto acerca de la categoría de las mujeres.³⁴

Foucault señala que los sistemas jurídicos de poder producen a los sujetos que después llegan a representar. Los sujetos reglamentados por esas formas jurídicas, puesto que están sujetos a ellas, se forman, se definen y se reproducen de acuerdo con los requerimientos que difunden esas formas.³⁵ La construcción política del sujeto responde a ciertos objetivos legitimadores y excluyentes, y estas operaciones políticas se ocultan y naturalizan mediante un análisis político que las estructuras jurídicas toman como su fundamento. No es suficiente investigar cómo las mujeres pueden estar representadas más cabalmente en el lenguaje y en la política. La crítica feminista debería entender, también, que las estructuras de poder con las que se busca la emancipación, producen y al mismo tiempo restringen la categoría de las mujeres.

Si bien la construcción de la identidad de las mujeres se puede discutir a partir del término “mujeres”, éste tiene el problema de que hace pensar en una identidad común en el tiempo y en el espacio. En lugar de un significante estable que supone la aprobación de aquéllas a quienes pretende describir y representar, el término “mujeres” se ha vuelto problemático, un lugar de impugnación, una causa de angustia. Esto se debe analizar entonces a la luz del concepto de configuración social, de modo que las particularidades de ciertos lugares y momentos históricos sean tenidos en cuenta. Por lo general, un sujeto no es definido únicamente por su género, sino también por modalidades raciales, de clase, étnicas, sexuales y regionales, por identidades discursivamente constituidas. Así, las categorías de identidad que las estructuras jurídicas contemporáneas crean, naturalizan e inmovilizan, se deben situar y entender en su contexto.

En lo que al acceso a la propiedad se refiere, vale la pena ver cómo se obtienen los recursos necesarios para poder ejercer ese acceso. Aunque el derecho al trabajo se analiza en otro capítulo, la posibilidad de adquirir el carácter de comerciante y de tener la propiedad sobre los bienes producto de ese oficio inciden en ciertas ideas como las del trabajo doméstico en cabeza de las madres de familia, la del comercio como una actividad antimoral y la función de la mujer como forjadora de la moral.

³⁴ Esta concepción de representación es utilizada por Judith Butler en *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, México, 2001, p. 33 y ss. Al parecer, la adopta de Sandra Harding, en “The Instability of the Analytical Categories of Feminist Theory”, *Signs*, vol. 11, N° 4, 1986, pp. 645-664.

³⁵ Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2003.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México
Avelina Romero Rodríguez y co-agraviadas
14 de junio de 1945

Problema jurídico

¿Es válida la circular de un jefe de servicios coordinados que prohíbe que las mujeres manejen expendios de bebidas embriagantes, aunque no exista ninguna disposición legal o constitucional que así lo disponga?

Hechos

El jefe de servicios coordinados cierra los establecimientos de comercio de varias mujeres de la ciudad de Apizaco en virtud de una circular que él mismo había expedido.

Decisión

Ninguna de las disposiciones del Código Sanitario Federal ni de la legislación de Tlaxcala prohíben que las mujeres manejen o regenten personalmente expendios de bebidas embriagantes. Por lo tanto, la prohibición que se apoya en una circular de un jefe de servicios coordinados no tiene asidero legal.

Extractos

La fracción III del artículo 7 del Reglamento de Bebidas Alcohólicas y disposiciones similares de dicho reglamento, se refieren exclusivamente a los establecimientos que son materia de dicha reglamentación, pero no a las tiendas de abarrotes con licencia para vender bebidas alcohólicas en botellas; o restaurantes en que también se expendan esa clase de bebidas; por lo cual resulta ilógica en tal caso la pretendida prohibición de que las mujeres posean o administren ese tipo de comercio, por no haber razón que lo justifique.

[...]

Es infundado el primero de los agravios (escrito por el jefe de los servicios coordinados de salubridad y asistencia) porque aun cuando las quejas tuvieron conocimiento de la Circular número 5018-506 desde junio de mil novecientos cuarenta y cuatro, circular mediante la cual se les hizo saber que en lo sucesivo sólo podían encontrarse al frente de los establecimientos o expendios de bebidas embriagantes personas del sexo masculino; y que su demanda no la formularon sino hasta el tres de septiembre siguiente, tal circunstancia no hizo improcedente el presente juicio, ya que tal circular, de carácter general, no surtió efectos sino hasta cuando se trató de aplicar a las quejas al levantárseles actas haciendo consignar el incumplimiento de esa circular y amenazándolas con el cierre de sus establecimientos; por tanto fue hasta que se surtió el perjuicio cuando la acción de amparo pudo haberse puesto en ejercicio.

[...]

El segundo agravio también es infundado, porque no es exacto que el juez hubiera aplicado o interpretado equivocadamente el artículo 343 del Código Sanitario Federal. En efecto, y así lo admite la sentencia que se revisa, el citado precepto facultó a los gobiernos de los Estados a reglamentar la materia relacionada con expendios o establecimientos de comestibles y bebidas embriagantes. Tampoco está contenida esa prohibición en el Código Sanitario Federal; por consecuencia la prevención hecha por la responsable, con apoyo de la circular que expidió para que las quejas substituyeran el manejo de sus expendios por personas del sexo masculino, carece de apoyo legal. Y aun cuando la autoridad recurrente quiso apoyarse también en el Reglamento de expendios de bebidas embriagantes, para el Distrito Federal, notoriamente tal reglamento rige en el lugar para el que fue expresamente expedido y no tiene efectos en el territorio del otro Estado.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México
Rosa María Leñero de Revilla
24 de septiembre de 1954

Problema jurídico

Teniendo en cuenta la prohibición legal de que las mujeres gerencien negocios como cantinas, con el argumento del papel moral de éstas en la sociedad, ¿una mujer dueña de un restaurante podría solicitar la licencia para vender bebidas embriagantes?

Hechos

La señora Leñero de Revilla es dueña de un restaurante. Después de años de funcionamiento, le es negada la licencia para expender bebidas alcohólicas debido a que a las mujeres se les había prohibido ser propietarias de cantinas y establecimientos de comercio relacionados.

Decisión

Si bien la Corte reconoce el papel moral de la mujer dentro de la sociedad, establece una diferencia clara entre administrar una cantina y vender bebidas embriagantes en un restaurante. El análisis que se hace del caso tiene en cuenta grados y no deja la enseñanza moral exclusivamente en cabeza de la mujer.

Extractos

[...]

El artículo 7° del Reglamento de Expendios de Bebidas Alcohólicas, de dieciséis de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, para el Distrito Federal, impone, en realidad, en su inciso III, la prohibición de que, independientemente de su edad,

las mujeres, entre otras personas, puedan poseer o administrar establecimientos en que se expendan bebidas embriagantes; pero esa prohibición se circunscribe exclusivamente a negocios tales como cantinas y vinaterías, por lo cual, tratándose de un restaurante, en donde las bebidas embriagantes se expenden como un aspecto accesorio del negocio principal, el precepto citado no justifica que se prohíba o se niegue licencia a una mujer para que funcione el restaurante o fonda de su propiedad, establecimiento que debe regirse, no por el artículo 7° del reglamento citado, sino por el 14 del propio ordenamiento, que previene que en fondas y restaurantes únicamente se permitirá vender vinos, licores y cervezas, cuando éstas sean consumidas con los alimentos y previa la licencia correspondiente.

Si se examina el articulado del mencionado reglamento desde luego se comprueba que éste reglamenta las actividades y funcionamiento de modo principal y preferente de los negocios [de] cantinas y vinaterías, situación que se pone de relieve al examinar las disposiciones legales que lo integran y sólo, lógicamente, por no ser su objetivo principal se refiere como en su artículo 14 a establecimientos como el de la quejosa (que disfruta de la licencia respectiva para vender bebidas con consumo de alimentos, aspecto que no es a debate), por lo que la autoridad recurrente no interpreta en forma jurídica las disposiciones legales que invoca, pues en la forma en que lo hizo establece un concepto de identidad que el propio reglamento de expendios de bebidas alcohólicas no autoriza entre cantinas y vinaterías, y fondas y restaurantes.

El artículo 7° del repetido reglamento, es verdad que en su inciso III dispone la prohibición de que independientemente de su edad, las mujeres (entre otras personas que señala en los otros cuatro incisos que integran tal norma legal), no pueden poseer ni administrar bebidas embriagantes, pero esa prohibición exclusivamente se circunscribe a negocios como las cantinas y las vinaterías, y tratándose de la especie de un restaurante en donde las bebidas se expenden como un aspecto accesorio del negocio principal, esa norma no justifica el acto reclamado de la autoridad recurrente. Resulta evidente que el precepto que norma un restaurante o fonda, que como licencia —como el de la quejosa— no es un expendio de bebidas alcohólicas, ni se rige por el citado artículo 7°, sino por el 14 del mencionado reglamento; por consiguiente ante la ineficacia de los agravios examinados no siendo ciertas las violaciones que se aducen, al resultar injustificadas la revalidación de licencia para el funcionamiento para el establecimiento de la quejosa, puesto que la autoridad recurrente ha incurrido en la aplicación indebida de la fracción III del artículo 7° del Reglamento de Expendios de Bebidas Alcohólicas, tal proceder redundante en que en la resolución de referencia se han infringido las garantías de los artículos 14 y 16 constitucionales como lo aprecia el juzgador en su fallo de primera instancia.

Cuestiones a debatir

Los casos abordados reflejan el carácter moral, social y cultural del derecho. Aunque sea muy extraño encontrar en la actualidad sentencias que prohíban el ejercicio de alguna actividad comercial a una mujer arguyendo el papel que cumple en la familia, y como forjadora de la moral pública, este par de sentencias tienen un interés histórico: reflejan el papel que tradicionalmente le ha asignado la sociedad a las mujeres. En los dos casos, los jueces ponen en entredicho las disposiciones legislativas que prohíben a las mujeres administrar y ser propietarias de establecimientos que expendan bebidas embriagantes. En el primer caso, el juez restringe la discusión a un conflicto normativo que se resuelve en virtud de la jerarquía normativa; en el segundo, el juez se acoge al principio de especialidad para resolver ese conflicto.

Al margen del conflicto normativo, es particularmente importante la discusión sobre la identidad cultural que la sociedad le adjudica a la mujer, y el régimen jurídico que sustenta esa identidad. En el momento histórico en el que se expidieron las dos sentencias, las mujeres eran identificadas con la formación y preservación de la moral pública. El juez decide con base en esos presupuestos sociales. ¿Qué decisión tomaría un juez en la actualidad? ¿Puede ser posible que esos argumentos morales sigan configurando la identidad de lo femenino, aunque de un modo más sutil? ¿La igualdad de género significa también el desmonte de los estereotipos acerca de lo femenino? ¿Cómo incidía la moral en la distribución de la propiedad, en especial la de los establecimientos de comercio?

Preguntas

En la sentencia de 1945, el juez se pronunció a favor de la demandante porque la circular que contenía la prohibición sobre la administración y propiedad de establecimientos comerciales como cantinas, en cabeza de la mujer, era contraria a disposiciones superiores.

1. ¿Cuáles podrían haber sido los argumentos del abogado de la accionante?
2. ¿Cuáles podrían haber sido los argumentos del coordinador de servicios para expedir la norma?
3. ¿Por qué esta acción puede ser impetrada mediante el procedimiento de amparo?

En la sentencia de 1954, el juez decidió a favor de la mujer porque la norma que prohibía la propiedad sobre establecimientos como cantinas no incluía la situación específica de la señora Leñero, quien era dueña de un restaurante y había solicitado permiso para, además, vender bebidas embriagantes.

1. ¿Cuáles podrían haber sido los argumentos de la actora?
2. En caso de que el permiso incluyera la modificación del restaurante en cantina, ¿habría variado la decisión de la Corte? ¿En qué sentido? ¿Con qué argumentos?
3. ¿Qué concepciones sobre la mujer y su papel en la sociedad subyacen en las decisiones impugnadas en estos dos casos?
4. ¿Qué efectos tienen las prohibiciones discutidas en estos casos en el derecho de propiedad y su alcance?

II. LA CONSAGRACIÓN DEL ACCESO PRIVILEGIADO A LA PROPIEDAD

El fundamento del conjunto de normas que intentan corregir las restricciones que las mujeres enfrentan para acceder a la propiedad se encuentra en dos corrientes teóricas: la discusión al interior del liberalismo sobre la intervención del Estado en la distribución de recursos y el movimiento feminista internacional.

Tanto la consagración de la propiedad en términos absolutos, como su neutralidad, fueron analizadas, debatidas y reconfiguradas en la primera mitad del siglo XX. De esta forma, el llamado liberalismo moderno³⁶ se justificó en el contexto de la idea de una amplia intervención del Estado en la economía y en la sociedad para lograr una mejor distribución de recursos. En relación con el tema de este capítulo, la intervención del Estado es necesaria, pues la neutralidad de las normas y el *laissez-faire* no garantizaron el mínimo de dignidad humana de las clases marginadas³⁷ ni el acceso de algunos grupos a la propiedad.

³⁶ Se ha llamado moderno por oposición al liberalismo clásico, que consideraba que la función del Estado debía ser neutral y no intervencionista.

³⁷ El tema de la dignidad humana fue el centro de los debates acerca de los efectos desiguales de la Revolución Industrial. Muchos autores —desde teóricos políticos hasta novelistas— se encargaron de describir las dificultades de sus vidas, la imposibilidad de transformarlas y la urgente necesidad de mejorar sus condiciones. Ver Louise A. Tilly y Joan W. Scott, *Women, Work and Family*, Routledge, London, 1989; Ivy Pinchbeck, *Women Workers and the Industrial Revolution 1750-1850*, Cass, London, 1969; Eric Hobsbawm, *La era de la revolución 1789-1848*, Crítica, Barcelona, 2001; Maxine Berg, *La era de las manufacturas 1700-1820. Una nueva historia de la Revolución Industrial británica*, Crítica, Barcelona, 1987; David Landes, *The Industrial Revolution in Britain*, New York University Press, New York, 1969; Max Pietsch, *La*

En otras palabras, esta reacción frente al liberalismo clásico es en parte producto de la indignación de académicos y políticos por las condiciones inhumanas de los trabajadores en la industria.³⁸ Puesto que uno de los pilares del liberalismo es el respeto por el individuo y la dignidad humana, era necesario revisar los fundamentos filosóficos, político-jurídicos y económicos del liberalismo. En particular su concepción de la libertad y del papel del Estado en la sociedad.

John Stuart Mill, uno de los más importantes teóricos del liberalismo, se encargó de reformular la definición de libertad y la concepción utilitarista de Bentham. El valor del individuo, según Mill, radica en su capacidad de realizarse en una sociedad libre. En este sentido, la libertad política y social son las herramientas que le permiten al individuo que vive en sociedad vivir su propia vida, desarrollar sus propios rasgos y capacidades personales. Es decir, que una buena sociedad debe ser aquella que permita la libertad y la oportunidad de formas de vida libres y satisfactorias; la libertad no es sólo un bien individual, también es un bien social.³⁹ Se refiere a una cualidad de la sociedad tanto como a la de las personas que la integran. Por eso el hecho de permanecer al margen, de no intervenir, no hace liberal a un gobierno: su función es apoyar la existencia de una sociedad libre y, aunque por ley no pueda hacer que la gente asuma conductas morales, sí puede eliminar muchos de los obstáculos que interfieren en su desarrollo moral. La pobreza extrema se debe evitar, siguiendo esta línea, entre otras cosas porque tiende a provocar cierta degradación moral⁴⁰ y a evitar la participación plena en el juego político. La teoría ética de Mill fue importante para el liberalismo porque intentó que se abandonara el egoísmo y propagó la idea de que el bienestar social era del interés de todos los hombres.⁴¹

Estas reformulaciones del liberalismo clásico se concretaron en una nueva concepción del Estado y su capacidad de intervenir en la sociedad. La particularidad del Estado benefactor consiste en la garantía impersonal y general, independientemente de la capacidad de pago de cada individuo, de ser recep-

revolución industrial, Herder, Barcelona, 1965; Arnold Toynbee, *The Industrial Revolution*, The Beacon Press, Boston, 1961.

³⁸ Muchos historiadores, investigadores y académicos han descrito las condiciones de la época. Entre ellos Friedrich Engels. Ver, Friedrich Engels, "Working Class in Manchester", en Robert C. Tucker, ed., *The Marx-Engels Reader*, Norton, New York, 1978, p. 583.

³⁹ John Stuart Mill, *On Liberty*, Hackett, Indianapolis, 1978.

⁴⁰ El tema de la degradación moral por la pobreza aparece en los diversos informes que se hicieron sobre el tema en la época. Al respecto, dice el historiador Pierre Leon: "El informe sobre la condición sanitaria de las clases trabajadoras de 1842 afirma que la población trabajadora que vive en sótanos en Liverpool, Manchester o Leeds experimentaba un sufrimiento físico y manifestaba un desorden moral mayores que los de los prisioneros". P. Leon, *Historia económica y social del mundo: inercias y revoluciones 1730-1840*, op. cit., p. 456.

⁴¹ J. S. Mill, *On Liberty*, op. cit., pp. 56-78.

tor de servicios a los cuales tienen derecho los ciudadanos por su calidad de tales. En este sentido, el Estado benefactor intenta otorgarle derechos sociales a sus miembros, derechos que se encuentran al mismo nivel de los derechos de propiedad. Es decir, son inviolables y se otorgan a los individuos por el simple hecho de ser ciudadanos y no de acuerdo con su desempeño en la sociedad.⁴² Estos servicios apuntan principalmente al mantenimiento de un nivel mínimo de ingreso, al margen de las fluctuaciones del empleo y del mercado en general. Para esto, muchos países crearon mecanismos que en mayor o menor medida aseguraban educación, salud y recreación, y que atendían contingencias familiares especiales como el desempleo, la vejez, la muerte o la falta de vivienda.⁴³

Así, el fundamento de la creación del Estado debe ser transformador, pues ya no es fruto de un contrato entre individuos independientes, sino el resultado de un cuasicontrato o pacto tácito entre sujetos interdependientes que tienen obligaciones recíprocas y necesidades conexas. Es decir, en contraposición a la teoría de la adición de intereses y necesidades individuales, León Duguit,⁴⁴ entre otros, postuló la solidaridad social como fuente de derecho y del poder político. El Estado nace de una deuda u obligación social para con los ciudadanos, quienes a su vez están obligados entre sí. La solidaridad impone deberes a todos los individuos, precisamente para que esos individuos puedan desarrollar todas sus posibilidades. Por su parte, el Estado tiene la obligación primordial de crear las condiciones para que los individuos ejerzan y cumplan sus deberes sociales: no sólo detenta las prerrogativas derivadas de la fuerza y del poder público, sino que también es el lazo que une a los individuos en solidaridad social a través de sus funciones de utilidad pública. Con este propósito el Estado debe intervenir ampliamente en lo social y en lo político con un criterio de servicio, derivado de la solidaridad, que rige por igual a los particulares y al sector público.

En el caso de la propiedad, de su mejor distribución, la intervención del Estado se concretó de tres maneras. En primer lugar, la identificación de la función social como un derecho absoluto se debilitó para reconfigurarse en su lugar como un derecho con límites. Esta idea fundamentó reformas agrarias menos radicales⁴⁵ —las radicales desmontan la propiedad privada— y justificó la redistribución de grandes extensiones de tierra en los diferentes países.

⁴² Gosta Esping-Anderson, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, Princeton, 1990, p. 21.

⁴³ *Ibid.*, p. 19. Ver también el capítulo “Salud” de este libro.

⁴⁴ León Duguit, *Las transformaciones del derecho público y privado*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1975.

⁴⁵ Efectivamente, la función social de la propiedad es una idea que permite la propiedad privada en oposición a la socialización de la propiedad característica del régimen cubano, por ejemplo.

Adicionalmente, la distribución de la propiedad abrió el camino a los subsidios de vivienda urbana. En segundo lugar, y con el mismo espíritu de distribución equitativa de recursos, se encuentran las leyes y políticas públicas que designan una porción del territorio para ser asignada a una minoría.⁴⁶ Finalmente se encuentra el desarrollo jurisprudencial, que configura un orden de prioridad y un procedimiento privilegiado para los miembros de grupos vulnerables: indígenas, campesinos, mujeres, mujeres cabeza de familia, mujeres desplazadas y víctimas de un conflicto armado, entre otros.

Los movimientos feministas regionales de principios del siglo XX, por otra parte, junto con el movimiento feminista internacional que se constituyó en una fuerza significativa mundial a partir de la década de los años setenta,⁴⁷ hicieron posible un conjunto de reivindicaciones políticas que llevaron a la inclusión de los derechos de las mujeres en las leyes y en las políticas públicas.⁴⁸ En este sentido, la agenda del feminismo como movimiento tuvo como consecuencia que las normas relacionadas con el acceso a la educación, al trabajo y a la propiedad, entre otras, se dirigieran específicamente a las mujeres. Deere y León lo describen así:

De modo similar, durante los años noventa un número creciente de Estados latinoamericanos adoptó planes nacionales para alcanzar la igualdad de oportunidades para las mujeres. Casi todos consisten en una combinación de objetivos generales y específicos que se deben lograr a través de la acción estatal en un período específico de tiempo. Por lo general incluyen diversas modalidades de las estrategias de acción afirmativa antes mencionadas, y reconocen que la falta de acceso de las mujeres a los recursos constituye una de las principales formas de desigualdad entre los sexos [...] ⁴⁹

Los problemas que se presentan a continuación muestran cómo interpretaron los jueces la redistribución de recursos propia del liberalismo intervencionista y de las reivindicaciones feministas.

⁴⁶ Ejemplos de estos tipos de políticas serían la propiedad ejidal en México, los territorios indígenas en Colombia y la entrega de porciones del territorio a las víctimas de un conflicto armado como se está debatiendo también en Colombia en este momento.

⁴⁷ La década del setenta marca un precedente: en 1975, las Naciones Unidas proclamaron el inicio de la década internacional de la mujer. Aunque la agenda de los diferentes grupos feministas era diversa, un impulso más o menos generalizado se orientaba a obtener un acceso igual a los recursos de la sociedad.

⁴⁸ Para un recuento completo de las transformaciones del movimiento feminista en la región, ver Sonia Álvarez, *Política cultural y cultura política: una nueva mirada sobre los movimientos sociales latinoamericanos*, Editorial Taurus, Bogotá, 2001.

⁴⁹ C. D. Deere y M. León, *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina*, op. cit., p. 29.

A. PRIMER PROBLEMA: LAS MUJERES COMO VÍCTIMAS DEL DESPLAZAMIENTO Y LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN INMEDIATA DEL ESTADO. LA REPARACIÓN DEL DAÑO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Un punto objeto de debate de la teoría feminista es el hecho de identificar a las mujeres como seres indefensos, débiles, que necesitan la protección de otros. Esta caracterización se encuentra en muchos textos académicos que proponen el fortalecimiento de los derechos humanos de la mujer. Leslie Kurshan, por ejemplo caracteriza a las mujeres latinoamericanas como víctimas:

Adquirir propiedad es un derecho humano particularmente importante, pues sin derechos de propiedad las mujeres no pueden ejercer efectivamente otros derechos humanos. La inequidad en la distribución de la propiedad se traduce en un estatus económico inferior, ser víctimas de violencia doméstica y la mutilación genital [...] En muchos países que son parte de la Organización de Estados Americanos, las mujeres no tienen un acceso igual a la propiedad, ni en el derecho ni en la práctica. La negación de un acceso igualitario a los derechos de propiedad es una violación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁰

Los estudios feministas postmodernos⁵¹ rechazan esta categorización; consideran que la diversidad entre las mujeres es demasiado amplia como para tenerlas a todas como víctimas; al mismo tiempo advierte que esta identificación paraliza, limita las posibilidades de acción, debilita.

El promedio de la mujer del Tercer Mundo lleva una vida restringida por el género femenino (léase: sexualmente reprimida) y el ser subdesarrollada (léase ignorante, pobre, sin educación, conservadora, limitada por la tradición, centrada en su familia, víctima, etc.).⁵²

En los casos de desplazamiento interno que se reseñan a continuación existe la necesidad de describir a las mujeres como víctimas para poder exigir la ac-

⁵⁰ Leslie Kurshan, *op.cit.*, p. 3. La traducción es de la autora.

⁵¹ La producción académica desde esta perspectiva es extensa. Algunos textos relevantes: Arturo Escobar, *Encountering Development. The Making and Unmaking of the Third World*, Princeton University Press, Princeton, 1995; Marianne H. Marchand y Jane L. Parpart, eds., *Feminism, Postmodernism and Development*, Routledge, New York, 1995; Karen Engle, "Female Subjects of Public International Law: Human Rights and the Exotic Other Female", *New England Law Review*, vol. 26, 1992.

⁵² Chandra Mohanty, citada por Arturo Escobar en A. Escobar, *Encountering Development. The Making and Unmaking of the Third World*, *op. cit.*, p. 8. La traducción es de la autora.

tuación inmediata de un Estado ausente y negligente. En este orden de ideas, el identificar a las víctimas como madres cabeza de familia, y a los niños y ancianos que las acompañan, fortalece el argumento de los jueces que exigen una reparación con perspectiva de género.

Consejo de Estado de Colombia
10 de abril de 2003

Problema jurídico

¿El Estado es responsable de no prestar de manera inmediata la atención humanitaria de emergencia a la población desplazada, aun cuando existan razones presupuestales para el retraso?

Hechos

Betty Díaz interpuso acción de tutela contra el Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Red de Solidaridad Social, el Inurbe, el departamento del Tolima y el municipio de Ibagué. De 22 años de edad, la peticionaria se vio obligada a huir de Tique (Putumayo) por las constantes amenazas contra su vida. En mayo de 1992 dejó su tierra y sus pertenencias, y viajó a Ibagué. En junio del mismo año puso en conocimiento de las autoridades competentes esos hechos, y se inscribió en el Registro Nacional de la Población Desplazada, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 1° de la ley 387 de 1997. Afirma que desde que llegó a esa ciudad, ha acudido en varias oportunidades a la Red de Solidaridad Social para solicitar la ayuda humanitaria de emergencia de que trata el artículo 20 del decreto 2569 de 2000, pero que la entidad no se la ha otorgado con el argumento de falta de presupuesto. Añade que la entidad le dijo que estaba esperando que el Gobierno Central girara los recursos, y que cuando esto ocurriera se le daría prioridad a los desplazados a quienes se les hubieran concedido tutelas. La peticionaria sostiene, por último, que la situación física, moral, emocional, social y económica de ella y de sus hijos es crítica, y que los organismos encargados de proteger sus derechos no le han dado una solución real a su situación, no obstante haber cumplido todos los procedimientos exigidos.

Decisión

Dado que el desplazamiento forzado es una forma de violación de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas que lo sufren, que afecta de manera radical sus condiciones de vida, que no se cuestiona el hecho de que el fenómeno apareje una violación múltiple, masiva y continua de los derechos de las personas obligadas a migrar, y que es claro que estas personas se ven forzadas a abandonar su domicilio para salvaguardar su vida e integridad personal —peligro que se de-

riva de las amenazas directas que reciben, o bien de la percepción que desarrollan por los múltiples actos de violencia que tienen lugar en sus sitios de residencia—, el Consejo de Estado confirma la sentencia del Tribunal de instancia y le exige a la entidad pública responsable que en el término de noventa días repare los derechos violados a la peticionaria.

Extractos

[...]

El artículo 86 de la Carta Política establece que las personas pueden interponer acción de tutela para reclamar ante los jueces mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

En el caso de estudio, la acción de tutela ejercida por la señora Betty Díaz se sustenta en la presunta violación de los derechos a la igualdad, a la vida en condiciones de dignidad, a la vivienda digna, a la integridad personal, a la ayuda humanitaria de emergencia, a la ayuda para la estabilización socioeconómica, a la libre circulación dentro del territorio y al trabajo.

[...]

Pretende que se ordene [...] el reconocimiento y pago de la bonificación remunerativa especial, correspondiente a los años 1998, 1999, 2000 y 2001, conforme a lo dispuesto en el decreto 707 del 17 de abril de 1996. Igualmente solicita que se le pague la indexación desde el día en que se hizo exigible la cancelación de la bonificación. Le otorguen los beneficios que consagra la ley 387 de 1997 y a los que considera tener derecho dada su condición de desplazada inscrita en el Registro Nacional de la Población Desplazada.

El Congreso de la República, por medio de la ley 387 de 1997, adoptó medidas orientadas “[...] a la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”. El artículo 1° de esa Ley define al desplazado como la

[...] persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.

Constituye un hecho notorio que miles de personas, como ocurre con la peticionaria, se han visto obligadas a abandonar sus sitios de residencia y trabajo por las amenazas y el temor que generan las acciones de los grupos armados ilegales. Ese desplazamiento forzado implica la violación de los derechos económicos, sociales y culturales de aquellas personas, así como la afectación de sus condiciones de vida, tal como lo planteó la Corte Constitucional en sentencia SU-1150/00, en la que, en lo pertinente, sostuvo:

No existe discusión acerca de que el desplazamiento forzado apareja una violación múltiple, masiva y continua de los derechos de las personas obligadas a migrar. Por una parte, es claro que estas personas tienen que abandonar su domicilio en razón del riesgo que observan para su vida e integridad personal, peligro que se deriva de las amenazas directas que les son formuladas o de la percepción que desarrollan por los múltiples actos de violencia que tienen lugar en sus sitios de residencia.

El desplazamiento forzado comporta obviamente una vulneración del derecho de los nacionales a escoger su lugar de domicilio, al igual que de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, dado el ambiente intimidatorio que precede a los desplazamientos, estas personas ven conculcados sus derechos de expresión y de asociación.

De igual manera, en razón de las precarias condiciones que deben afrontar las personas que son obligadas a desplazarse, se presenta un atropello de los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, de los discapacitados y de las personas de la tercera edad. Además, todas las personas forzadas a abandonar sus lugares de origen sufren un detrimento en sus ya de por sí muy afectados derechos económicos, sociales y culturales, y frecuentemente son sometidos a la dispersión de sus familias.

El decreto 2569 de 2000 reglamentó parcialmente la ley 387 de 1997, y en su artículo 2° dispuso que el Gobierno Nacional, a través de la Dirección General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior o la entidad que ésta delegue, es el encargado de declarar la condición de desplazamiento de las personas desplazadas que soliciten ese reconocimiento previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32 de la ley 387 de 1997. Esa declaración se inscribe en el Registro Único de Población Desplazada, creado para ese efecto por el artículo 4° del citado decreto como una herramienta técnica,

[...] que busca identificar a la población afectada por el desplazamiento y sus características y tiene como finalidad mantener información actualizada de la población atendida y realizar el seguimiento de los servicios que el Estado presta a la población desplazada por la violencia.

El manejo de ese Registro está a cargo de la Red de Solidaridad Social (artículo 5°).

Según el artículo 16 del decreto, una vez la entidad en la que se haya delegado la inscripción reciba la declaración enviada por la autoridad receptora de la misma, la persona que solicita el reconocimiento de su condición de desplazado,

[...] tendrá derecho a acceder a los beneficios establecidos en la ley 387 de 1997, de acuerdo con la disponibilidad presupuestal, para la atención humanitaria de emergencia, proporcionada como ayuda inmediata y hasta el momento en el cual se expida el acto que decida sobre la inscripción en el registro.

Y, una vez realizada la inscripción, tendrá derecho a que se le otorgue atención humanitaria de emergencia

[...] por el término establecido en el parágrafo del artículo 15 de la ley 387 de 1997, de acuerdo con la disponibilidad presupuestal y acceso a los programas de ayuda, que con ocasión a la condición de desplazado adelante el Estado, sin perjuicio de que el interesado tenga acceso a los programas sociales de retorno, reasentamiento o reubicación y otros que preste el Estado.

En este caso, de acuerdo con documento que obra al folio 27, el 26 de julio de 2002 la Red de Solidaridad Social inscribió la declaración de desplazada de la señora Betty Díaz. Y, como se desprende de ese documento y lo admite la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de esa entidad, aún no se le ha entregado la ayuda humanitaria de emergencia de que tratan las disposiciones atrás citadas.

La atención humanitaria de emergencia, en términos del artículo 20 del decreto 2569 de 2000, comprende

[...] la ayuda temporaria e inmediata encaminada a acciones de socorro, asistencia y apoyo a la población desplazada, a fin de mitigar las necesidades básicas en alimentación, salud, atención psicológica, alojamiento, transporte de emergencia, elementos de hábitat interno y salubridad del decreto 2569.

Esa norma prevé que ese beneficio se otorgará por el término máximo de tres meses, prorrogables, excepcionalmente, por otros tres meses, de acuerdo con los criterios señalados en el artículo 21 del decreto 2569.

El Tribunal Administrativo del Tolima accedió a la tutela solicitada por la señora Díaz y ordenó a la Red de Solidaridad Social solucionar la situación planteada por la peticionaria. Esa entidad impugnó la sentencia con el argumento de que la misma excluyó de responsabilidad a las demás entidades y organismos que integran el

Sistema Nacional de Información y Atención Integral a la Población Desplazada, no obstante que de acuerdo al ámbito de competencia asignado a cada una de ellas, a la Red sólo le corresponde entregar la ayuda humanitaria de emergencia y actuar como coordinadora de las demás entidades, sin que esto signifique que tenga que inmiscuirse en la actividad de éstas para ordenarles la entrega de los beneficios que les competen.

La ley 387 de 1997, en su artículo 4º, creó el Sistema Nacional de Atención Integral a la población desplazada por la violencia para, entre otros objetivos, atender de manera integral a la población desplazada por la violencia en orden a que logre su reincorporación a la sociedad colombiana bien en el marco del retorno voluntario o el reasentamiento. El sistema está constituido por el conjunto de entidades públicas, privadas y comunitarias que realizan planes, programas, proyectos y acciones específicas, tendientes a la atención integral de la población desplazada (artículo 5º). Esas instituciones, señaladas en el artículo 19, tienen asignadas competencias específicas.

De manera que, efectivamente, esa disposición señala un campo de acción o la labor que corresponde adelantar específicamente a cada una de las instituciones que conforman el Sistema Nacional de Información y Atención a la Población Desplazada por la Violencia. Pero ocurre que el artículo 1º del decreto 2569 de 2000 asigna a la Red de Solidaridad Social funciones como entidad coordinadora de ese Sistema, entre ellas, la de

Promover y coordinar la adopción por parte de las autoridades nacionales y locales de medidas humanitarias, de manera tal que se brinde oportunamente atención humanitaria de emergencia, protección y condiciones de estabilización y consolidación a la población desplazada. (Literal e).

De manera que, por disposición legal, aquélla es la entidad encargada de coordinar y adoptar las medidas que hagan viables los citados beneficios a favor de la población desplazada.

Y, precisamente, la sentencia impugnada ordenó a la Red de Solidaridad Social, en su calidad de Coordinadora del Sistema Nacional de Información y Atención a la Población Desplazada, resolver la situación de la peticionaria, decisión que se ajusta a las previsiones legales antes citadas. Sobre el particular la Corte Constitucional, en sentencia T-327/01, señaló:

[...] para hacer frente a esta nueva categoría de colombianos, el ordenamiento jurídico ha confiado a la Red de Solidaridad Social —que es un establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Departamento Administrativo de la Presidencia

de la República— la tarea de promover el mejoramiento de las condiciones de vida de la población más pobre y vulnerable del país, de la que indudablemente hace parte la franja de los desplazados. Ellos, por las terribles circunstancias a que los ha conducido la confrontación armada, tienen derecho constitucional a que el Estado despliegue su acción de manera efectiva, oportuna y eficiente, con miras a su amparo y al disfrute de garantías básicas de las que han sido violentamente despojados.

Y en la sentencia T-098/02, sostuvo:

Si bien es cierto que la Red de Solidaridad Social es una entidad coordinadora, las medidas que proponga, diseñe, promueva, propicie, concerte o coordine deben cristalizarse en primer lugar en la atención humanitaria de emergencia durante los tres primeros meses de la contingencia prorrogables por tres meses más y, además, en todos los componentes de los programas de estabilización económica (artículos 25 y ss., del decreto 2569 de 2000) y por supuesto en la efectividad de la protección a los derechos fundamentales.

En esta forma, establecido que a la Red de Solidaridad Social, como coordinadora del Sistema Nacional de Información y Atención a la Población Desplazada por la Violencia, le corresponde, entre otras funciones, promover y coordinar la adopción de medidas humanitarias encaminadas a brindar oportunamente atención humanitaria de emergencia, protección y condiciones de estabilización y consolidación a la población desplazada, la Sala confirmará la sentencia impugnada.

No se accederá a la petición formulada por la citada entidad en el sentido de que se amplíe a 180 días el término para el cumplimiento de la sentencia, pues para la efectiva protección de los derechos fundamentales protegidos a la peticionaria, las medidas ordenadas deben adoptarse con agilidad y dentro de un término razonable atendidas las circunstancias especiales en que se encuentra la peticionaria y sus menores hijos, así como las dificultades presupuestales de la Red de Solidaridad Social. Y el término de los 90 días señalado en la sentencia impugnada satisface esas consideraciones.

De otra parte, la Sala modificará la sentencia impugnada en el sentido de adicionarla para proteger el derecho de petición vulnerado a la peticionaria por la actitud omisiva asumida por el Instituto Nacional de la Reforma Urbana.

En efecto, en la solicitud de tutela peticionaria manifiesta que acudió a esa entidad con el objeto de que se le otorgara el subsidio para la adquisición de vivienda y hasta la fecha no ha recibido respuesta alguna. En similar sentido, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Red de Solidaridad Social en el escrito de contestación de la tutela informa que el 11 de octubre de 2002, “[...] se remitió a la peticionaria al Inurbe con el fin de que iniciara su proceso de adjudicación de subsidio ante esa entidad”.

Esa información se corrobora con la constancia expedida por la Coordinadora de la Unidad Territorial (folio 27).

Además de que el Instituto Nacional de la Reforma Urbana no contestó la solicitud de tutela no obstante que el Tribunal, mediante oficio número AGM-00130 del 16 de enero de 2003, le notificó sobre su admisión, en el expediente no obra constancia que permita deducir que esa entidad emitió algún pronunciamiento en relación con la petición de adjudicación del subsidio reclamado por la señora Betty Díaz en su calidad de desplazada inscrita en el Registro Único de Desplazados, o que esté adelantando las diligencias necesarias para ese efecto.

En consecuencia, para garantizar la protección del derecho de petición, la Sala ordenará al Inurbe que si aún no lo ha hecho, responda, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, la aludida solicitud.

Corte Constitucional de Colombia **Sentencia T- 985 de 2003**

Problema jurídico

¿El Estado es responsable de no prestar de manera inmediata la atención humanitaria de emergencia a la población desplazada, aun cuando existen razones presupuestales para el retraso?

Hechos

La señora Acosta González, una mujer de 51 años de edad, cabeza de familia, con un hijo, y desplazada por la violencia, interpuso una acción de tutela contra la Red de Solidaridad Social, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana —Inurbe—. Alega que su derecho a la vida, a la salud, a la educación, a la intimidad, al buen nombre, a la dignidad humana, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la familia, a la honra, al trabajo y a la vivienda digna fue violado. Asegura que vivía en Herrera (Tolima) con sus hijos y hermanos hasta que las amenazas que recibió de los grupos subversivos la obligaron a abandonar su lugar de residencia. Sostiene que está inscrita en la Red de Solidaridad Social de Ibagué desde el 25 de octubre de 2002.

Decisión

La Corte revoca el fallo del Tribunal de instancia, y le exige a la entidad pública responsable proteger los derechos de la peticionaria.

Extractos

[...]

Asunto a resolver

La accionante es desplazada por la violencia y, según dice, ha buscado acceder a los beneficios y programas que el Gobierno otorga a la población desplazada sin obtener resultados, razón por la cual interpuso la acción de tutela.

Con base en lo manifestado por la actora y teniendo en cuenta las diligencias obrantes en el expediente, la Corte debe determinar si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales de la peticionaria al no poner a su disposición los programas que fueron creados para apoyar y asistir a la población desplazada por la violencia. Para ese efecto, la Corporación reiterará su jurisprudencia relativa al tratamiento especial que demanda la población desplazada, específicamente cuando se trata de mujeres cabeza de hogar, los derechos de ese grupo poblacional y la acción positiva del Estado.

[...]

La Corte Constitucional ya analizó el devastador panorama que acarrea el desplazamiento interno, y al respecto manifestó[:]

[c]uando mujeres, niños y ancianos se ven precisados a dejar sus hogares y recorrer grandes distancias desafiando toda clase de peligros, viendo sufrir y aun morir a sus compañeros, [...] la explicable huida no es un problema de orden público propiciado por quienes desean seguir viviendo sino un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, principiando, como es lógico, por los funcionarios del Estado.

[...]

Consciente de ese compromiso, el Gobierno Nacional, a través de la ley 387 de 1997, ha implementado programas integrales destinados a brindar atención a la población desplazada. Así, se creó el Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada, que está constituido por el conjunto de entidades públicas, privadas y comunitarias que realizan planes, programas, proyectos y acciones específicas dirigidas a atender a ese grupo poblacional, las cuales en concurso con el Gobierno Nacional elaboran el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia.

Dentro de las instituciones del orden nacional que están comprometidas en la atención integral a los desplazados se encuentran el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria —Incora—, el Instituto de Fomento Industrial —IFI— (hoy en liquidación), las que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Red de Solidaridad Social, la Dirección Nacional para la Equidad de la Mujer, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar,

el Sistema Nacional de Cofinanciación, las entidades territoriales, el Ministerio de Educación Nacional, el Sena, la Defensoría del Pueblo, la Comisión Nacional de Televisión y el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana —Inurbe— (hoy en liquidación).

Si bien es cierto [que] tales programas se han llevado a cabo, los mismos no resultan suficientes o su desarrollo se torna incipiente, por cuanto las víctimas no reciben del Gobierno el apoyo de manera inmediata, completa y eficaz, ni la ayuda humanitaria que necesitan y se ven enfrentadas a dilatados y complicados trámites que no les garantizan su reubicación o retorno en mejores condiciones. Debido a ello se ven abocadas a incoar acciones de tutela en procura de obtener protección a sus derechos fundamentales.

[...]

Sobre la procedencia de la acción de tutela en estos casos para obtener del juez una orden inmediata que restablezca los derechos vulnerados, la Corte se ha pronunciado en múltiples oportunidades y ha sostenido que con la tutela se logra una atención seria y rápida, un compromiso más dinámico y solidario de los entes encargados de prestar la ayuda humanitaria requerida y así obtener que los derechos fundamentales se respeten y concreten.

En efecto, el estado de debilidad en que se encuentra ese grupo poblacional lo hace merecedor de un trato especial por parte del Estado, y en esa medida tiene derecho a recibir asistencia humanitaria en aspectos tales como alimentación, aseo personal, atención médica y psicológica y alojamiento en condiciones dignas. En el evento en que ello no ocurra, la acción de tutela procede para hacer efectivos esos derechos.

[...]

El papel del Estado frente a las personas que se encuentran en condición de desplazamiento

[...]

Ahora bien, esta Corporación ha considerado que es al Estado a quien le corresponde impedir que el desplazamiento se produzca, toda vez que las autoridades han sido instituidas para proteger y hacer respetar la vida, la honra, los bienes y demás derechos y libertades de los asociados, pero también ha sostenido que si

[...] no fue capaz de impedir que sus asociados fueran expulsados de sus lugares de origen, tiene por lo menos que garantizarle a los cientos de miles de colombianos que han tenido que abandonar sus hogares y afrontar condiciones extremas de existencia la atención necesaria para poder reconstruir sus vidas.

El Estado tiene la obligación de garantizar el bienestar de los asociados y de brindarle a la población desplazada no sólo las condiciones mínimas para procurarse su digna

subsistencia, sino soluciones definitivas a su situación. Por lo tanto, las personas que ostentan la calidad de desplazados forzados no pueden abandonarse o dejarse a la deriva y el Estado debe desplegar todos los mecanismos a su alcance para que la ayuda humanitaria y su reinserción social sean efectivas, y el cubrimiento de su salud sea integral. Sobre este punto ha dicho la Corte que

La atención a los desplazados debe ser integral, esto es, debe consistir en un conjunto de actos de política pública mediante los cuales se repare moral y materialmente a las personas en situación de desplazamiento y, más allá, se produzca el restablecimiento de las mismas, en consonancia con el ordenamiento constitucional y los Principios Rectores. En efecto, de conformidad con el segundo párrafo del Principio Rector N° 29, las autoridades tienen la obligación de hacer lo necesario “para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que [los desplazados] abandonaron o de las que fueron desposeídos”. Esta disposición consagra entonces el derecho a la reparación.

[...]

Conforme a lo dispuesto en la ley 387 de 1997, en concordancia con el decreto 2569 de 2000, a la Red de Solidaridad le corresponde coordinar el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia. Dentro de las actividades que debe desarrollar están, entre otras, la de promover, entre las entidades que integran el Sistema, el diseño y la elaboración de programas y proyectos encaminados a prevenir y brindar atención integral a los afectados por el desplazamiento, y promover y coordinar la adopción, por parte de las autoridades nacionales y locales, de medidas humanitarias, de forma tal que se brinde oportunamente atención humanitaria de emergencia, protección y condiciones de estabilización y consolidación a esa población. Igualmente, la Red de Solidaridad es la entidad responsable del manejo del Registro Único de Población Desplazada.

[...]

El caso concreto

[...]

La peticionaria es una persona de 51 años de edad, cabeza de familia, con un hijo y que tuvo que abandonar su lugar de residencia (Herrera-Tolima), donde vivía con sus hijos y hermanos, ante la amenaza de grupos subversivos. Se encuentra inscrita en el registro de desplazados y a pesar de haber acudido ante la Coordinadora de la Unidad Territorial de la Red de Solidaridad Social de Ibagué no ha recibido ayuda humanitaria completa; tampoco ha recibido la ayuda por parte del Inurbe en materia de vivienda, a pesar de haberla solicitado; no se le ha hecho efectivo el proyecto productivo, y no le prestan la atención en salud.

[...]

El Principio Rector N° 3 le reconoce el derecho a las personas desplazadas de solicitar y recibir protección y asistencia humanitaria de las autoridades nacionales en el ámbito de su jurisdicción. En el caso de la señora Acosta González, es claro que ha sido desatendida por parte de las entidades llamadas a prestar atención a personas que, como ella, se encuentran desplazadas por la violencia y que requieren de una protección efectiva e inmediata de sus derechos.

[...]

Argumentó el fallador de instancia para negar la tutela que la solicitante erradamente considera que la Red de Solidaridad Social debe “idear, diseñar, financiar y entregarle un proyecto productivo en marcha” y que el Inurbe debe “entregarle, sin trámites ni requerimientos, un subsidio de vivienda”. También adujo que los beneficiarios de la ley 387 de 1997 pueden ejercer la acción de cumplimiento para exigir judicialmente la plena efectividad de sus derechos.

No comparte la Corte esos planteamientos por lo siguiente:

En primer lugar, tal como se expuso, la Red de Solidaridad Social es la entidad encargada de coordinar el Sistema Nacional de Información y Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, el cual está constituido por el conjunto de entidades públicas, privadas y comunitarias que realizan planes, programas, proyectos y acciones destinadas a atender ese grupo poblacional. Esa función de coordinación implica integrar todos los esfuerzos, los recursos y desarrollar los programas tendientes a que la ayuda humanitaria y la atención que debe brindarse a las personas desplazadas sea efectiva y completa.

En el presente caso se tiene que la Red de Solidaridad Social no ha prestado la ayuda humanitaria a que tiene derecho la peticionaria.

En segundo lugar, el Inurbe era el encargado de otorgar los subsidios de vivienda, función que hoy se asignó a Fonvivienda, y este Fondo es el que debe ejecutar las políticas gubernamentales en materia de vivienda de interés social urbana y le corresponde asignar los subsidios respectivos bajo las diferentes modalidades, conforme a la normatividad vigente sobre la materia. Conforme a lo que obra en el expediente, el Inurbe, hoy en liquidación, no otorgó subsidio a la peticionaria, ni cumplió con sus atribuciones respecto a la atención y apoyo a la población desplazada a pesar de que, según informó la Jefe de la Oficina Asesora de la Red de Solidaridad Social, la Unidad Territorial Tolima remitió a la accionante a esa entidad, donde diligenció un formulario. Es claro igualmente la falta de atención por parte de esa entidad.

No obstante, el Inurbe se encuentra en liquidación y, según lo dispone el artículo 24 del decreto 554 de 2003, no podrá asignar subsidios de vivienda de interés social. Por tal razón, corresponderá a Fonvivienda, en coordinación con la Red de Solidaridad, ejecutar las políticas tendientes a hacer efectivo el derecho de la peticionaria.

En tercer término, es cierto que el artículo 33 de la ley 387 de 1997 dispone que los beneficiarios de esa Ley, las organizaciones no gubernamentales y las entidades oficiales encargadas de la defensa o promoción de los derechos humanos podrán ejercer la acción de cumplimiento para exigir judicialmente la plena efectividad de los derechos consagrados en la norma a favor de los desplazados.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Carta y desarrollada mediante ley 393 de 1997 tiene como objeto y finalidad

[...] otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo.

Ya ha expresado esta Corporación que las acciones introducidas por la Carta Política de 1991 y contempladas en los artículos 86 y 87, poseen alcances y propósitos diferentes:

[...] la tutela, enderezada al objetivo específico de proteger los derechos fundamentales y la acción de cumplimiento, encaminada a propugnar por el imperio del orden jurídico mediante la cabal y plena realización de lo dispuesto en las leyes y los actos administrativos.

De manera que si la inacción de la administración amenaza o vulnera derechos fundamentales de rango constitucional, es decir, derechos tutelables, tal como ocurre en el presente caso, la acción de tutela sí es procedente para obtener la protección de los derechos de la accionante, pues a pesar de que podría evidenciarse incumplimiento de normas legales, es claro que ello se erige en factor fundamental de la violación de derechos fundamentales y se requiere que la protección sea efectiva e inmediata.

En estas condiciones, la Corte revocará el fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y concederá la protección de los derechos invocados por la actora.

Cuestiones a debatir

El desplazamiento forzado vulnera el derecho de los nacionales a escoger su lugar de domicilio, su derecho al libre desarrollo de la personalidad y, en el contexto intimidatorio que precede a los desplazamientos, se vulnera también el derecho de los desplazados a la libre expresión y asociación.

La Corte justifica la exigencia de la acción inmediata de las autoridades describiendo el devastador panorama que acarrea el desplazamiento interno. La debilidad manifiesta de las víctimas es en particular el eje de su argumentación, razón por la cual se concentra en la situación de las mujeres, niños y ancianos que se ven obligados a dejar sus hogares y recorrer grandes distancias desafiando toda clase de peligros, viendo sufrir y aun morir a sus familiares compañeros. La explicable huida no es un problema de orden público propiciado por quienes desean seguir viviendo, sino un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, y para empezar por los funcionarios del Estado. En consecuencia, el gobierno colombiano, mediante la ley 387 de 1997, ha implementado programas integrales destinados a brindar atención a la población desplazada. Sobre la procedencia de la acción de tutela con el objeto de obtener del juez una orden inmediata que restablezca los derechos vulnerados, la Corte se ha pronunciado en múltiples oportunidades. Sostiene que el recurso de tutela asegura una atención seria y rápida, un compromiso más dinámico y solidario de los entes encargados con la prestación de la ayuda humanitaria requerida; es un mecanismo que logra que los derechos fundamentales se respeten y se concreten.

El Estado tiene la obligación de garantizar el bienestar de los asociados y de brindarle a la población desplazada no sólo las condiciones mínimas para procurarse su digna subsistencia, sino soluciones definitivas a su situación. A las personas que ostentan la calidad de desplazados forzados no se les puede abandonar o dejar a la deriva, y el Estado debe desplegar todos los mecanismos a su alcance para que la ayuda humanitaria que está obligado a brindar y la reinserción social de los desplazados sean efectivas y el cubrimiento de la salud de éstos sea integral.

Preguntas

El Consejo de Estado de Colombia, en su sentencia sobre la petición de Betty Díaz, decide proteger los derechos de ésta en su especial calidad de desplazada por la violencia. Sin embargo, hace énfasis en el hecho de ser madre cabeza de familia.

1. En el hecho de buscar proteger de un modo especial los derechos de la madre cabeza de familia, ¿qué concepción sobre la mujer y la familia subyace en la decisión del Consejo de Estado? ¿Corresponde a una realidad social o a una visión tradicional sobre los roles del hombre y de la mujer en la familia?

2. ¿Cómo entendieron los magistrados el derecho de igualdad?

3. Si el peticionario hubiera sido un hombre cabeza de familia, ¿la decisión habría cambiado?

4. ¿De qué manera el fenómeno del desplazamiento afecta especialmente a mujeres y niños? ¿Cómo se explica esta situación?

Uno de los objetivos de un Estado social de derecho es proteger los derechos fundamentales de los nacionales, así como también sus derechos económicos, sociales y culturales. El ejercicio de estos últimos, sin embargo, está supeditado a la disponibilidad presupuestal.

1. ¿Qué relación se puede establecer entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales, de manera que el cumplimiento de estos últimos no sea siempre relegado por razones de conveniencia o disponibilidad presupuestal?

2. ¿Habría cambiado la decisión del Consejo de Estado si estos derechos se entendieran como programáticos?

En la sentencia que resuelve la tutela interpuesta por María Margarita Acosta, la Corte decide proteger los derechos de la desplazada haciendo alusión a su especial calidad de madre cabeza de familia y a sus 51 años de edad. Para la Corte existen ciertas situaciones que ameritan un mayor cuidado.

1. ¿Qué concepto de igualdad subyace en el argumento de los magistrados?

2. ¿Qué peso tiene en la decisión el hecho de que la demandante hubiera cumplido con la exigencia administrativa de inscribirse en un registro único de desplazados? Si éste no hubiera sido el caso, ¿la decisión debería haber sido otra?

3. La sentencia insta a la Red de Seguridad Social a proteger de inmediato los derechos de la accionante. La entidad excusa su inacción en la falta de presupuesto y en su calidad de entidad coordinadora. Si las funciones de la entidad son de coordinación, y se le está exigiendo acción a cargo de entidades descentralizadas, ¿cree usted que se viola el principio de legalidad?

*B. SEGUNDO PROBLEMA: DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA
PARA LAS MADRES CABEZA DE FAMILIA*

En el marco de la consagración del acceso privilegiado a la propiedad, las medidas a favor de las madres cabeza de familia han sido estrategias claves para el ejercicio de la función social de la propiedad. A través de este grupo focal de la población se ha hecho efectivo el derecho de sectores marginados de la sociedad a una vivienda digna. El acceso privilegiado a la propiedad para las mujeres con cargas familiares mayores se debe analizar según el concepto de familia protegido por un ordenamiento jurídico en concordancia con el concepto de propiedad que se promueva.

En este orden de ideas, una de las políticas más importantes para el logro de una mejor distribución de la propiedad, con miras a un acceso privilegiado para las mujeres, es la vivienda destinada a las madres cabeza de familia. Los dos siguientes casos muestran cómo los jueces argumentan ante la ley este tratamiento preferencial.

Corte Constitucional de Colombia
Sentencia T-950 de 2004

Problema jurídico

Cuando la cabeza del núcleo familiar es una madre, ¿se pueden crear procedimientos más expeditos para la constitución del patrimonio familiar sin violar la igualdad que debe existir entre todos los ciudadanos?

Hechos

Una mujer colombiana interpuso acción de tutela contra el Registrador Principal de la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos Zona Sur. Los derechos fundamentales de sus hijos a tener una vivienda digna, el derecho a la familia como núcleo esencial de la sociedad y el derecho a la protección especial como mujer cabeza de familia, según la peticionaria, fueron vulnerados.

Decisión de la Corte

La Corte establece que en virtud de la protección especial a las mujeres cabeza de familia, la constitución del patrimonio familiar no debe estar sujeta a los mismos requisitos con los que cumplen los núcleos familiares en los que ambos padres están presentes.

Extractos

[...]

En atención a la especial protección a la familia y al menor, nuestra Constitución estableció a favor de la familia y especialmente de los niños, un patrimonio mínimo que goce de protección frente a cobros judiciales coactivos y del cual no se pueda disponer, inclusive por quienes lo han constituido, para fines distintos a la habitación de la familia. En este orden, la Carta Política autorizó al legislativo para disponer, en desarrollo de la función social de la propiedad, bajo qué aspectos y condiciones y con qué alcances ha de entenderse la inalienabilidad e inembargabilidad del patrimonio familiar.

[...]

En el caso objeto de revisión, la peticionaria considera que el Registrador de Instrumentos Públicos Zona Sur de Bogotá desconoció sus derechos fundamentales a la especial protección a la mujer cabeza de familia, así como los derechos fundamentales de los niños, especialmente el derecho a una vivienda digna, al negarse a dar solución favorable a la petición que formulara ante dicha entidad como mujer cabeza de familia con el fin de que se hiciera constar en la matrícula inmobiliaria N 50S-40213418 correspondiente al inmueble ubicado en la Calle 75 bis Sur N° 17 A-48 de Bogotá, que el 50% del mismo, queda constituido en patrimonio de familia no afectable por medida cautelar alguna.

El Registrador demandado negó a la peticionaria la constancia referida por considerar que la Ley no ha sido reglamentada, y que en la misma no se estableció el procedimiento para su cumplimiento, que el inmueble pertenece a la peticionaria en común y proindiviso con el señor [...] y está gravado con hipoteca mediante escritura del 28 de junio de 2001 y finalmente porque la constitución no se solicitó mediante documento público.

Respecto de las razones aducidas por el Registrador, la Sala señala que:

Primero, la ley 861 de 2003 sí estableció un procedimiento para su cumplimiento y con carácter especial para que las mujeres cabeza de familia puedan constituir patrimonios de familia inembargables, en la medida en que, (i) determinó la titularidad de la petición en la mujer cabeza de familia; (ii) designó el funcionario competente para darle curso, esto es, el Registrador de Instrumentos Públicos de la jurisdicción donde se ubica el inmueble; (iii) señaló los documentos necesarios que deben acompañar la solicitud; y (iv) ordenó al Registrador que, previa comprobación mediante revisión de las pruebas respectivas, dejara constancia, en el folio de matrícula del inmueble respectivo, de la constitución de éste en Patrimonio de Familia. En este orden, no puede alegarse que no existe un procedimiento fijado para darle cumplimiento a la ley 861 de 2003, cuando la misma ley lo establece al

prescribir cómo debe adelantarse la constitución del patrimonio ante el Registrador de la jurisdicción respectiva (artículos 2 y 3 de la ley 861).

Segundo, de acuerdo con las consideraciones, es claro que el requisito de la escritura pública fue descartado por el legislador dentro del trámite especial en comento, precisamente para hacer más expedito el procedimiento de constitución a la madre o padre cabeza de familia, todo lo cual quedó expresamente consagrado en los antecedentes de la ley 861 de 2003.

Tercero, y también en concordancia con las consideraciones de esta Sala de revisión, en la medida en que el compañero de la peticionaria murió quedando la misma en una condición de madre cabeza de familia, para lo cual acompañó las declaraciones que así lo hacen constar en cumplimiento de la ley 861 de 2003, no es posible aducir que la propiedad del inmueble proindiviso con el compañero de la actora, ahora fallecido, es razón para negar la constitución del patrimonio, cuando precisamente tal circunstancia representa una de las causas por las que adquirió la calidad de mujer cabeza de familia.

Finalmente y toda vez que debe entenderse que la finalidad de la ley 861 de 2003 fue otorgar una especial protección al único bien inmueble perteneciente a la mujer u hombre cabeza de familia, la Sala concluye que en el caso concreto es posible constituir patrimonio de familia sobre el bien relacionado por la demandante, aun cuando éste se encuentra gravado con hipoteca de acuerdo con la escritura del 28 de junio de 1998, de la cual obra constancia en los certificados de tradición y libertad del inmueble. En efecto, en virtud de la especial protección que el Constituyente quiso dar a los menores de edad, y en el caso concreto al núcleo familiar en el que sólo está presente uno de los padres, la constitución del patrimonio de familia se erige en una medida de protección constitucional para los derechos fundamentales de los niños a la familia, a la dignidad y a la vivienda.

Respecto del derecho de petición, en la medida en que el Registrador ya dio respuesta a la peticionaria en los términos ordenados por el *ad-quem*, esto es, dando respuesta de fondo a la peticionaria de acuerdo con lo señalado por la Superintendencia de Notariado y Registro, la Sala no lo tutelaré por encontrarse satisfecho.

Por otra parte, la Sala procede a revocar la decisión del juez de instancia en el sentido de conceder el amparo en relación con la solicitud de la constitución del patrimonio de familia solicitado por la demandante.

Tribunal Supremo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Mabel Díaz Nora y otros contra GCBA sobre amparo

Problema jurídico

¿Debe primar el derecho a la vivienda digna sobre el de la igualdad formal cuando no se ha podido dar cumplimiento a un programa de asistencia inmediata porque

no se ha establecido la manera de acreditar los requisitos formales de titularidad del mismo?

Hechos

Un grupo de personas, con el patrocinio de la Defensora General Adjunta y del Defensor ante los juzgados de primera instancia en lo contencioso administrativo y tributario de la ciudad de Buenos Aires, inició una acción de amparo a fin de que el gobierno de la ciudad desistiera de la decisión de dar término a los programas sociales con prestaciones de carácter habitacional. La decisión se justificó aduciendo falta de medios para satisfacer la necesidad primaria de vivienda del grupo familiar, y se dijo que ésta se mantendría hasta tanto se comprobara el estricto y definitivo cumplimiento de los objetivos generales y específicos de los programas en los que habían ingresado originalmente; la salida de los programas ocurriría una vez se evaluara caso por caso, y se constatará de manera efectiva, concreta y pormenorizada el cumplimiento de sus objetivos. El grupo solicita también que se abstenga de transferirles la gestión y la responsabilidad de la prestación, y que en el hotel donde son alojados se haga cumplir con la normativa vigente en materia de habilitaciones y verificaciones.

Decisión del Tribunal

El Tribunal Supremo de la Ciudad de Buenos Aires ordena el cumplimiento inmediato de las medidas de emergencia habitacional. Reconoce la especial vulnerabilidad de ciertos grupos de la población, entre los que se encuentran las mujeres jefas de hogar. Otorga el amparo a las accionantes, y ordena el inmediato cumplimiento del programa de emergencia habitacional como titulares especiales.

Extractos

[...]

La resolución de un recurso de inconstitucionalidad debe efectuarse conforme a las circunstancias existentes al momento de dictar sentencia. De tal forma, es preciso tener en cuenta las modificaciones producidas en el orden jurídico local durante la sustanciación de esta causa.

Tal como surge del análisis del decreto 895/02 y de las resoluciones 193/SDS/02 y 216/SDS/02 que se efectúa a continuación, el gobierno local ha dictado normas que coinciden actualmente con el contenido prescriptivo de la sentencia dictada por la Cámara. Si bien, como se verá, se trata de disposiciones de alcance general, [...] comprenden la situación de los amparistas.

Al no subsistir un gravamen concreto y actual, resulta insustancial que este Tribunal se pronuncie sobre las demás cuestiones de procedencia y constitucionales planteadas por el Gobierno de la Ciudad en su recurso.

En suma, una de las condiciones básicas de cualquier agravio consiste en que él resulte actual. También es importante que los tribunales se pronuncien sobre cuestiones actuales y no diluidas por la ocurrencia de acontecimientos que tornen innecesario un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

En la línea apuntada se inscribe el último párrafo del art[ículo] 145 del CCAYT —aplicable a este proceso según el art[ículo] 2º, ley 402—. Expresa la disposición mencionada en primer término: “La sentencia puede hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos”. La prescripción auspicia que el pronunciamiento de los tribunales verse sobre cuestiones existentes al momento del fallo.

En este punto es necesario volver sobre los antecedentes y recordar que este amparo se inició con un carácter eminentemente preventivo, dada la existencia de un acto en ciernes por parte del Gobierno de la Ciudad que afectaría derechos fundamentales de los actores y el estado de incertidumbre de éstos sobre el alcance de una relación jurídica (beneficiarios de planes de ayuda social) con la ciudad. La inminencia de la ocurrencia de actos lesivos, el peligro real de su ocurrencia y la afectación de ciertas condiciones en el cumplimiento de los programas que afectan a los amparistas está acreditado debidamente en autos, a la fecha en que los amparos se iniciaron.

Cuestiones a debatir

La tensión existente en Colombia entre el derecho de igualdad y la función social de la propiedad se puede constatar en la consagración legal y jurisprudencial de los derechos a favor de la madre cabeza de familia. En varias sentencias de constitucionalidad y de tutela, la Corte establece y desarrolla la especial protección de la que son titulares las madres cabeza de familia. Esa protección especial se explica, por una parte, por las condiciones de discriminación y marginación a las que se ha visto sometida la mujer durante muchos años y, por otra, por el significativo número de mujeres que por diversos motivos se han convertido en cabezas de familia y han debido asumir, en condiciones precarias y sin apoyo de ninguna naturaleza, tanto las responsabilidades del hogar como las propias de la actividad de la que derivan el sustento familiar. En este sentido se ha respondido a una necesidad creciente de la población menos favorecida haciendo un tipo de discriminación positiva.

Los problemas jurídicos alrededor de la adjudicación de viviendas para las madres cabeza de familia ponen de relieve también el conflicto entre la disposición constitucional sobre la función social de la propiedad y el mandato constitucional sobre la igualdad de género. En este sentido cabría preguntarse por el significado que se le da a cada una de estas disposiciones, así como por el

peso jurídico que debe otorgárseles cuando se encuentren en conflicto. De esta manera, la opción por una u otra disposición constitucional exigiría sopesar los principios en realidades sociales y culturales específicas.

En cuanto a la adjudicación especial de vivienda urbana en el caso de madres cabeza de familia en Colombia, la discriminación positiva a favor de las mujeres se podría interpretar como si se privilegiara la igualdad de género sobre la función social de la propiedad. No obstante, la justificación de políticas públicas a favor de la mujer cabeza de familia en relación con la adjudicación de propiedad urbana se sustenta también en la función social de la propiedad. Las políticas públicas encaminadas a facilitar la adquisición de vivienda a un sector de la propiedad normalmente excluido, y para el que por lo general no es sencillo acceder a la vivienda, se conciben desde el Estado con el objetivo de redistribuir la propiedad. Los casos que sobre este tema se han encontrado se caracterizan por tratarse de demandas en las que las mujeres solicitan que se les aplique el régimen especial, y que por lo tanto se alivien los trámites exigidos para adquirir vivienda. De este simple hecho se podría inferir que aunque en la mayoría de los casos la Corte concede las demandas, las entidades encargadas de otorgar las viviendas no cumplen en la práctica con las medidas.

En Argentina, el decreto 565/021 reglamentó el Programa Jefes de Hogar, denominado también Derecho Familiar de Inclusión Social: Plan Jefes y Jefas Desocupados, para ser aplicado hasta el 31 de diciembre de 2002 en todo el territorio nacional y en el marco de la declaración de la emergencia alimentaria, ocupacional y sanitaria. Los considerandos del decreto señalan que el establecimiento del Derecho Familiar de Inclusión Social se origina en el cumplimiento del mandato del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, que establece el rango constitucional de los tratados y pactos internacionales, y expresamente en las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). El decreto 39/03, del 7 de enero de 2003, prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2003 la Emergencia Ocupacional Nacional (artículo 1º) y la vigencia del Programa Jefes y Jefas (artículo 2º). Puesto que la prórroga se hizo en las mismas condiciones de funcionamiento del programa, el sistema original no se modificó.⁵³

Debido a la emergencia social que enfrentó la sociedad argentina, las organizaciones y entidades gubernamentales fueron obligadas a suplir las necesidades básicas de las poblaciones más afectadas por la crisis. Los casos que se encontraron para el ingreso y adjudicación de recursos en los programas de emergencia

⁵³ Para mayor información sobre el programa y sobre sus críticas, ver *Plan jefes y jefas: ¿derecho social o beneficio sin derechos?*, Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, 2003. Disponible en http://www.cels.org.ar/Site_cels/index.html.

habitacional se destacan por ordenar la prontitud en la repartición de recursos, sin importar el previo cumplimiento de los requisitos formales. Las preguntas que parecen estar haciéndose los jueces son las siguientes: ¿en qué medida la consagración de requisitos generales garantiza el derecho de igualdad? O en su defecto: ¿cómo la consagración de requisitos meramente formales entorpece el cumplimiento de los derechos sustanciales? Las respuestas que dan las diferentes cortes tienen en cuenta las condiciones especiales de ciertos grupos de la población, entre ellos el de las madres cabeza de familia.

Preguntas

En el caso de la sentencia colombiana, el juez decidió a favor de la demandante. Ésta alegaba que el registrador público había actuado ilegalmente al impedir que su casa se constituyera como patrimonio familiar inembargable por medio del procedimiento especial dispuesto para las mujeres cabeza de familia.

1. ¿Cuáles pueden haber sido los argumentos a favor de la demandante?
2. ¿Cuáles pueden haber sido los argumentos que esgrimió el registrador público para negar la solicitud de la actora?
3. ¿Cuál debería ser la decisión en el caso de que fuera un padre cabeza de familia quien exigiera la aplicación del régimen especial? ¿Del argumento de la Corte se desprende la posibilidad de un tratamiento diferente para ese caso? ¿Se justificaría a su juicio un tratamiento diferente en ese caso?

En la sentencia del Tribunal Supremo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Corte decidió ordenar el inmediato ingreso de las accionantes al programa de emergencia alimentaria en razón del estado de necesidad de las mujeres, aun si no cumplían con los requisitos formales impuestos por la ley para ser titulares de los beneficios.

1. ¿Cuáles pueden haber sido los argumentos a favor del amparo de las accionantes?
2. ¿Cuáles pueden haber sido los argumentos de los abogados de la organización pública que impidió el ingreso de las mujeres en el programa?
3. ¿Cuál fue el derecho que imperó en la decisión de la Corte y por qué?
4. ¿Se justificaría una decisión diferente en caso de que los accionantes fueran jefes de hogar? ¿Por qué?

III. LAS TENSIONES ENTRE GRUPOS MARGINADOS

La intervención del Estado en la redistribución de recursos a favor de algunos grupos ha sido criticada desde por lo menos tres perspectivas teóricas. Para los liberales clásicos, esta intervención viola la libertad y supone una definición errada de la igualdad. Para los socialistas, establecer una serie de privilegios para unos grupos o personas determinadas no ataca de fondo las causas de la desigualdad. Finalmente, los mismos liberales intervencionistas han señalado las dificultades que surgen cuando se debe elegir entre la igualdad en términos universales y la igualdad a favor de un grupo o individuo.

¿Qué argumentan los liberales clásicos? Para esta corriente teórica, privilegiar determinados grupos va en contra de unas de las ideas fundamentales del liberalismo: la igualdad ante la ley. Según Robert Nozick,

El término justicia distributiva no es neutral. Al escuchar el término 'distribución' la mayoría de las personas presumen que existe algún mecanismo o criterio para entregar un conjunto de bienes. En este proceso de distribución sucedió un error que debemos corregir [...] Sin embargo, no estamos en la misma posición que unos niños a quienes se les ha entregado un pedazo de torta y al final se decide hacer algunos ajustes para corregir los pedazos mal cortados. No existe una distribución central, ninguna persona o entidad puede controlar todos los recursos [...] En una sociedad libre diferentes personas controlan una diversidad de recursos y la propiedad se adquiere a partir de intercambios voluntarios [...] ⁵⁴

En otras palabras, la igualdad es un punto de partida, pero no garantiza los resultados debido a que los individuos son diferentes en términos de habilidades, ambición y suerte, entre otros. Al establecer derechos preferenciales para algunos grupos se restringe la libertad, pues una de las libertades fundamentales de una persona es la posibilidad de diferenciarse de los demás y obtener resultados diferenciados de acuerdo con sus inclinaciones, opciones y fortalezas.

Para los socialistas, por su parte, el problema de la inequidad no se puede solucionar privilegiando a un grupo determinado en la distribución de recursos, sino a partir de la transformación radical de esa distribución en la sociedad. De esta manera, la igualdad, incluso la igualdad a partir de la justicia distributiva, es imposible mientras existan clases sociales. Marx se refirió a este tema de la siguiente manera:

⁵⁴ Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, London, 1974, p. 148. Traducción de la autora.

[...] estas publicaciones socialistas y comunistas también contienen un elemento crítico. Éstas atacan todos los principios existentes al interior de la sociedad. De esta forma, están llenos de material encaminado a la ilustración de la clase trabajadora. Las medidas prácticas propuestas en ellas —la abolición de las distinciones entre campo y ciudad, de la familia, de la propiedad privada de la industria y del sistema de salarios; la propuesta de lograr la armonía social y la transformación de todas las funciones del Estado— todas estas propuestas están encaminadas a lograr la desaparición de las clases [...]⁵⁵

Y finalmente, según los mismos liberales intervencionistas, el otorgar un derecho preferencial a un grupo provoca la aparición de contradicciones dentro de los grupos desaventajados; un contrasentido del concepto de igualdad. Roberto Gargarella se refiere así sobre el tema:

Más allá de esos primeros interrogantes, corresponde reconocer que, en general, no resulta fácil justificar por qué se pretende dar una ayuda especial a ciertos grupos y no a otros. ¿Por qué, por ejemplo, favorecer la representación de los latinos y no la de los ciegos? ¿Por qué establecer un sistema de cuotas a favor de la mujer y no, por caso, de los discapacitados mentales? El problema anterior se agrava cuando advertimos que cada uno de nosotros pertenece al mismo tiempo, a una diversidad de comunidades relevantes.⁵⁶

En los dos casos que se presentan a continuación se hace evidente la tensión entre el objetivo general de un Estado de lograr la igualdad, y las necesidades específicas de un grupo desaventajado: las mujeres. Elegir entre dos grupos marginados despierta fuertes tensiones, y la decisión de privilegiar a un grupo sobre otro es una decisión difícil.

A. PRIMER PROBLEMA: REFORMA AGRARIA E IGUALDAD DE GÉNERO

En la década de los años sesenta hubo una ola de reformas agrarias en América Latina. Ocurrió en el marco de la política estadounidense de la Alianza para el Progreso. En 1961 se firmó la Declaración a los Pueblos de América en Punta del Este, Uruguay, que acordó impulsar, dentro de las particularidades de cada país, programas de reforma agraria integral orientados a la efectiva transfor-

⁵⁵ Karl Marx, “Manifiesto of the Communist Party”, en R. C. Tucker, *The Marx-Engels Reader*, *op. cit.*, p. 478. Traducción de la autora.

⁵⁶ Roberto Gargarella, comp., *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 24.

mación de las estructuras y de los injustos sistemas de tenencia y explotación de la tierra.⁵⁷

Durante todo el siglo XX se llevaron a cabo reformas agrarias en distintas circunstancias y contextos. La primera fue la de México, en 1917; siguieron las de Bolivia, Guatemala y la de la Revolución Cubana, entre otras. En respuesta a la reforma comunista cubana,⁵⁸ siguiendo las directrices de la Alianza para el Progreso, diecisiete países latinoamericanos emprendieron reformas agrarias y crearon organizaciones o institutos de reforma agraria y colonización. Las reformas agrarias de la Alianza para el Progreso de más amplio impacto fueron las del gobierno militar progresista de Perú, liderado por el general Velasco Alvarado, y la reforma socialista Chilena, liderada por el presidente Salvador Allende. Con posterioridad a la Alianza para el Progreso, las reformas más ambiciosas fueron las de la revolución sandinista en Nicaragua y la guerra civil en El Salvador.⁵⁹

En este sentido, las reformas agrarias son quizás los mejores ejemplos para explicar qué significa la función social de la propiedad. La mayoría de ellas se dieron en países latinoamericanos en busca de una mejor distribución de los recursos. La intención era dividir los grandes latifundios en minifundios que fueran cultivados por varias familias. Estas reformas privilegiaron el derecho de posesión como requisito de la propiedad. A excepción de Costa Rica, la legislación de reforma agraria dispuso que la tierra fuera expropiada con fines de justicia social o cuando redundara en el interés nacional.⁶⁰

Si bien las normas sobre reformas agrarias no son pensadas en términos de discriminación por género, en los siguientes casos se demuestra cómo se desestima la posesión para darle paso a la propiedad en cabeza de las mujeres. Este desconocimiento de la posesión pone de presente la tensión entre los objetivos de igualdad para los campesinos y la igualdad para las madres que no pueden poseer la tierra debido a sus obligaciones de cuidado de la familia. En otras

⁵⁷ Organization of American States, *Official Documents Emanating from the Special Meeting of the Inter-American Economic and Social Counsel at the Ministerial Level Held in Punta del Este, Uruguay, 1961*, Washington, D.C. General Secretariat of the OAS, 1961.

⁵⁸ Sobre la influencia marxista en las reformas agrarias de América Latina ver Richard L. Harris, "Marxism and the Agrarian Question in Latin America", *Latin American Perspectives*, vol. 5, N° 4, 1978, pp. 2-26.

⁵⁹ Gran parte de la literatura que trata el problema de las reformas agrarias en América Latina se produjo en la década de los años setenta. Ver, por ejemplo, Rodolfo Stavenhagen, *Agrarian Problems and Peasant Movements in Latin America*, Double Day, New York, 1970.

⁶⁰ Un resumen de las diferentes maneras de expropiación en las reformas agrarias de América Latina se encuentra en C. D. Deere y M. León, *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina*, op. cit., p. 429.

palabras, es una clara muestra de las diferentes jerarquías que surgen entre los grupos desaventajados y las difíciles decisiones que se deben tomar.

Suprema Corte de la Nación de México
Sentencia de amparo administrativo en revisión 1950/41
Jerónimo Zarazúa
26 de febrero de 1943

Problema jurídico

Teniendo en cuenta la función social del derecho de propiedad, y reconociendo el derecho de igualdad de género, ¿la posesión efectiva y productiva de un predio se puede considerar un requisito para la adjudicación de derechos propietarios, aun cuando la mujer se dedica al trabajo doméstico?

Hechos

Las personas que cultivan un ejido adjudicado a una mujer cabeza de familia piden el traspaso de la propiedad arguyendo la posesión del predio. Los accionantes, sin embargo, han cultivado la tierra por años reconociendo la propiedad de la señora. Ésta se dedica al trabajo doméstico.

Decisión de la Corte

La Corte rechaza la petición de los demandantes.

Extractos

No se violan los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal, si se priva en definitiva de sus derechos al usufructo de las parcelas a los ejidatarios, si es que éstos las explotaron por medio de peones, medieros o arrendatarios, pues el artículo 139 del Código agrario establece: “Los ejidatarios perderán los derechos que tienen como miembros de un núcleo de población ejidal [...] por cualquiera de las causas siguientes: I. Por violación a las disposiciones contenidas en las fracciones I, II y IV del artículo 128”, y esta última dice a la letra, en lo conducente:

El ejidatario tendrá el disfrute de la parcela ejidal, cuando el ejido hubiere sido fraccionado, o el de la unidad de dotación en caso contrario, con las obligaciones que este código impone. La propiedad de esos derechos está regida por las siguientes limitaciones [...] No podrá ser objeto de contrato de arrendamiento, de aparcería o de cualquier otro que implique el empleo de trabajo asalariado por parte de terrenos, exceptuándose de esta prohibición [...]

Si de una copia certificada aportada como prueba, se desprende que los ejidatarios quejosos no hicieron las siembras personalmente, sino que en algunos casos las efectuaron sus parientes o familiares, en otros pagando peones y en otros por medieros, lo que indudablemente entraña la violación de la fracción IV del artículo 128 del Código agrario citado, cuyo propósito no es otro sino el de que sean los mismos ejidatarios los que practiquen el cultivo de sus parcelas, con las únicas excepciones que establece esa fracción, para los casos de mujeres incapacitadas por sus labores domésticas o por la atención de los hijos o menores que de ellas dependan de los menores de 16 años, presuntos ejidatarios por sucesión, incapacitados para trabajar; de los que hubieren sufrido accidentes o padezcan enfermedades causadas por su trabajo agrícola, etcétera.

Suprema Corte de la Nación de México
Sentencia de amparo directo 12/97
Vicente Aviña Zaragoza y otro
20 de febrero de 1997

Problema jurídico

¿Tienen los mismos derechos sucesorios sobre los derechos ejidatarios quienes producen la tierra y quienes no?

Hechos

En un proceso de sucesión, los hijos hombres exigen la adjudicación del ejido del padre puesto que la hermana no lo ha cultivado. El Tribunal de instancia decide dar la razón a los demandantes.

Decisión de la Corte

La Corte decide revocar la decisión del Tribunal de instancia. El derecho sucesorio invocado no es válido, según la Corte, pues formalmente el de cujus no es titular de los derechos ejidales.

Extractos

[...]

De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 12, 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley agraria, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y dos, que entró en vigor a partir del día siguiente, se concluye que sólo son susceptibles de transmitirse por herencia los derechos agrarios legalmente reconocidos, es decir, los que pertenecen a quienes sean titulares de derechos ejidales, lo cual se acredita con los respectivos certificados de derechos agrarios, parcelario o de derechos comunes, expedidos por autoridad competente, o con la sentencia o resolución relativa del Tribunal agrario, ya que tales preceptos,

respectivamente, señalan: que son ejidatarios los hombres y las mujeres titulares de derechos ejidales; que la calidad de ejidatario se acredita con el certificado de derechos agrarios expedido por autoridad competente, con el certificado parcelario o de derechos comunes, o con la sentencia o resolución del Tribunal agrario; que el ejidatario tiene la facultad de designar a quien deba sucederle en sus derechos sobre la parcela y en los derechos inherentes a su calidad de ejidatario, para lo cual bastará que formule una lista de sucesión en la que consten los nombres de las personas y el orden de preferencia conforme al que deba hacerse la adjudicación de derechos a su fallecimiento, para lo cual podrá designar al cónyuge, a la concubina o concubinario, en su caso, a uno de los hijos, a uno de los ascendientes o a cualquier otra persona; y que cuando el ejidatario no haya hecho designación de sucesores, o cuando ninguno de los herederos señalados en la lista pueda heredar por imposibilidad material o legal, los derechos agrarios se transmitirán de acuerdo con el orden que el artículo 18 de la referida Ley agraria establece. Por tanto, el Tribunal Unitario Agrario responsable actuó incorrectamente al determinar que los derechos posesorios ejidales son susceptibles de transmitirse por herencia, aun cuando no hayan sido legalmente reconocidos.

Cuestiones a debatir

Las varias reformas agrarias que tuvo México durante el siglo XX⁶¹ no necesariamente significaron una mejor distribución de la tierra ni un acceso equitativo para las mujeres. La definición de la posesión es un impedimento jurídico importante: especialmente en las reformas agrarias, el uso de la tierra otorga la propiedad formal sobre los predios. En este orden de ideas, aunque los requisitos formales para otorgar el título de propiedad son los mismos para hombres y mujeres, la mayoría de las veces la posesión se define de acuerdo con el cultivo de la tierra, definición ésta que excluye el trabajo reproductivo. La sentencia se refiere así al trabajo de la tierra como condición necesaria para la obtención de ejidos, aunque existen algunas excepciones en el caso de mujeres incapacitadas por el trabajo doméstico o el cuidado de los niños, y efectivamente se le otorgue la propiedad a las mujeres.

Puesto que el objetivo de las reformas agrarias en la región fue promover la función social de la propiedad, y tratar de darle un peso mayor a la posesión y

⁶¹ “La reforma agraria mexicana tuvo su origen en una revolución popular de gran envergadura y se desarrolló en tiempos de la guerra civil. A lo largo de un extenso período se entregaron a los campesinos más de 100 millones de hectáreas de tierras, equivalentes a la mitad del territorio de México y aproximadamente las dos terceras partes de la propiedad rústica total del país, con los que se establecieron cerca de 30.000 ejidos y comunidades que comprendieron más de 3 millones de jefes de familia”. Arturo Warman, *La reforma agraria mexicana: una visión de largo plazo*. Disponible en <http://www.fao.org/docrep/006/j0415t/j0415t09.htm>.

al trabajo, debilitar esa definición de posesión implica riesgos frente a la distribución entre clases. En este sentido, se contraponen las instituciones jurídicas del derecho de propiedad y de la función social del mismo. A la pregunta sobre quién puede ser titular del derecho de propiedad, las sentencias mexicanas sobre ejidos responden en una doble vía. Si bien formalmente pueden acceder a ella tanto hombres como mujeres, lo harán siempre y cuando cumplan ciertos requisitos, entre ellos laborar la tierra sin intermediarios. Y aquí surge el conflicto entre la llamada función social de la propiedad y la igualdad de género.

En el caso de la adjudicación de tierras rurales, la redistribución en la mayoría de reformas agrarias ha sido orientada pensando en que termine en cabeza de hombres. En un principio, los debates políticos desconocieron a las mujeres. Las mujeres han sido vistas como esposas de propietarios, no como propietarias. En la jurisprudencia mexicana, la mayoría de casos sobre ejidos que involucraban mujeres eran de sucesión, o bien, en su defecto, el hombre que trabajaba la tierra solicitaba su adjudicación desconociendo los derechos formales en cabeza de la mujer.

Preguntas

En la primera sentencia, el juez decide en contra de los accionantes. Éstos pretendían que se les adjudicara la propiedad sobre un ejido cuya dueña era una mujer que por su labor doméstica no podía ejercer la explotación de la tierra.

1. ¿Cuáles pueden haber sido los argumentos del abogado demandante?
2. ¿Cuáles pueden haber sido los argumentos del abogado de la parte demandada?
3. ¿Qué habría pasado si los accionantes no fueran familiares sino peones asalariados?
4. ¿Cuáles pueden haber sido los argumentos desarrollados por el legislador a favor de la norma que definió como causales para ser expropiado de la tierra ejidal la no explotación directa de la tierra?
5. ¿Cuál es el fundamento de las excepciones?

En la segunda sentencia, un caso de sucesión, los actores de la demanda pretendían que se desconociera el derecho de una poseedora de derechos ejidales con el argumento de que la señora no cultivaba el predio. El juez revoca la decisión de instancia que le daba la razón a los demandantes, arguyendo que los derechos ejidales en disputa eran inválidos, es decir, que no habían sido sucedidos formalmente.

1. ¿Qué concepto de propiedad, posesión y tenencia aplica el juez en este caso?
2. ¿Pensar la propiedad como una función social habría cambiado la decisión de la Corte?
3. ¿Cómo puede ejercer derechos posesorios ejidales una mujer que está a cargo del cuidado doméstico y de los hijos?
4. ¿Cómo opera el derecho a la igualdad de género en este caso?

B. SEGUNDO PROBLEMA: ACCESO ESPECIAL A LA PROPIEDAD PARA CONDICIONES MASCULINAS ESPECÍFICAS

En lo que va de este capítulo se ha visto que en las sentencias sobre disputas de ejidos en México se ha privilegiado a las mujeres con respecto a la posesión y explotación efectiva de la tierra. También, en algún aparte del capítulo, se constató un tratamiento privilegiado a las madres cabeza de familia colombianas y argentinas en la asignación de recursos de vivienda. En este último aparte se ilustrará una forma de discriminación positiva a favor de los hombres en el caso de distribución de viviendas de interés social. Se trata de medidas legislativas que establecen una condición privilegiada en cabeza de los hombres por la consagración de requisitos de elegibilidad especialmente masculinos para la adquisición de viviendas de interés social.

En los casos que se presentan a continuación el derecho hace una discriminación positiva en favor de los miembros de un grupo de la población —hombres en su mayoría—. El análisis de estas medidas permite cuestionar de nuevo lo que se ha identificado históricamente como masculino y femenino. Una realidad social confirma y avala una serie de estereotipos debido a los cuales, y en estos casos en particular, los hombres, antes que las mujeres, cumplen con los requisitos necesarios para un acceso privilegiado a la propiedad.

En lo que a la teoría feminista se refiere, este tipo de casos cuestiona la utilidad y pertinencia de las dicotomías igualdad/diferencia e identidad/alteridad. Así, aunque las feministas se han dividido en razón de la primera dicotomía, abogando ya sea por la igualdad de condiciones entre el hombre y la mujer, o por la diferencia en razón de las particularidades de cada género sin establecer una jerarquía que favorezca lo masculino, una posibilidad teórica más viable debería optar por una visión que cuestione la misma dicotomía.⁶²

⁶² Sobre el debate acerca de la dicotomía igualdad/diferencia, ver Joan W. Scout, “Deconstructing Equality versus Difference: Or the Uses of Poststructuralist Theory of Feminism”, en Frances Olsen, ed., *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*, New York University Press, New York, 1995, pp. 261-278.

La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia es una muestra más de las dificultades que enfrentan los jueces cuando tienen que decidir entre dos grupos marginados que pugnan por recursos escasos como la tierra. Los jueces se encuentran en una encrucijada, deben decidir a qué grupo privilegian en un momento determinado, otorgándole mayor o menor peso a las características de los grupos implicados.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-423 de 1997

Problema jurídico

¿La disposición que consagra que los reservistas del Ejército, de la Armada o de la Policía tienen prioridad en los programas de reforma agraria y de vivienda de interés social, es violatoria del principio de la igualdad de género?

Hechos

El 24 de enero de 1996, el Congreso de la República expidió la ley 264 de 1996,⁶³ publicada en el *Diario Oficial* 42700 de 1996. Tres ciudadanos colombianos —dos mujeres y un hombre— demandaron la inconstitucionalidad del artículo 1° de esa ley por considerarlo violatorio del preámbulo de la Constitución Política y de los artículos 2, 13 y 43 de la misma. La Corte sopesa la función social de la propiedad y el principio de igualdad, y argumenta a favor de la función especial del derecho de propiedad.

Decisión de la Corte

La Corte declara exequible la norma demandada.

Extractos

[...]

Principio de igualdad-Criterios para distribución de bienes

Para que la repartición de los bienes sea practicada de acuerdo con fundamentos objetivos, y no de acuerdo con caprichos o inclinaciones personales del funcionario

⁶³ Ley 264 de 1996, por medio de la cual se conceden algunos beneficios a los reservistas del Ejército, Armada Nacional, fuerzas de policía y de la Fuerza Aérea Colombiana. “Artículo 1. Los colombianos que hubiesen prestado el servicio militar obligatorio, y que por tal razón ostenten el título de reservistas del Ejército, de la Armada, o de la Policía, tendrán prioridad en los programas de reforma agraria y en los que se refieren a vivienda de interés social que impulse el gobierno, dándole preferencia a los de la región y a los que acrediten su calidad de campesinos”.

responsable, se requiere de la fijación de unos determinados criterios. Estos criterios de distribución no pueden ser generales, aplicables a todos los casos, sino que han de ser determinados de acuerdo con las características propias de los bienes o medios por repartir y de las necesidades o aspiraciones que éstos satisfacen. Obviamente, [...] la determinación de criterios que regulen el proceso de asignación de los recursos implica la incorporación de factores de distinción entre los postulantes a la adjudicación del bien, pero esta diferenciación es propia de todos los procesos de selección y no es en sí misma merecedora de un reproche constitucional, a no ser que los elementos que rijan el proceso de escogencia conlleven discriminaciones inaceptables.

Trato privilegiado-Distribución de bienes escasos

El otorgamiento de un trato privilegiado a un grupo determinado en punto a la distribución de un bien escaso consiste que en virtud de éste se asigna al grupo escogido el derecho a acceder al bien específico, sin tener que cumplir ningún requisito especial. Es decir, de acuerdo con esta posición, las existencias del bien tendrían que ser asignadas directamente a los miembros del grupo privilegiado, y solamente en el caso de que la cantidad de los recursos fuera superior al número de integrantes del mencionado grupo, se repartiría su residuo entre personas no comprendidas dentro del círculo de los beneficiarios preferenciales. El trato preferencial que, en el marco de un proceso de asignación de bienes escasos, se concede a un grupo de personas que se encuentran dentro de un conglomerado, parte de la base de que esos individuos cumplen los criterios básicos establecidos para poder acceder a ese servicio. Es decir, el tratamiento privilegiado puede tener lugar únicamente después de que la persona a la que se le reconoce un plus dentro del proceso reúne los requisitos mínimos necesarios para poder competir por la adjudicación del bien. Solamente una vez que se ha cumplido con esos requisitos puede entrar a operar el privilegio.

Sistema de cuotas o cupos-Alcance/Diferenciación positiva

Aparece la necesidad de distinguir entre el trato preferencial y la asignación de cuotas o cupos en la distribución de un bien en favor de ciertos grupos sociales, propio de la llamada diferenciación positiva. En el sistema de cuotas, desde antes de proceder a la distribución de los recursos, se ha señalado que se concede a un conjunto social dado, que se identifica de acuerdo con ciertas características o criterios, una porción mínima determinada de los bienes por distribuir. Ello significa que la competencia por la asignación de los medios que le corresponden a ese grupo se desarrolla únicamente entre los miembros de éste y que, por lo tanto, sus integrantes no tienen que emular con todos los demás aspirantes por la asignación de los bienes que han sido apartados del proceso de distribución general. Con todo, una vez han sido asignados

todos los medios a ellos reservados, el integrante del grupo que no fue seleccionado y aún continúa aspirando a la adjudicación del bien habrá de entrar en competencia con todos los demás aspirantes, sin contar con un trato especial.

Trato privilegiado-Alcance

El sistema de prerrogativas o preferencias opera en el momento final de la distribución, mientras que el de las cuotas lo hace desde cuando se inicia el proceso para la repartición de los recursos. Pero, además, en el caso del trato preferencial no hay límites para su aplicación: todos aquellos que reúnen las condiciones para ser objeto del trato preferencial pueden exigir que éste les sea brindado. Ello significa que la utilización del privilegio no está restringida a una cierta porción de los bienes por asignar, sino que puede llegar incluso a determinar el proceso de asignación de todos los recursos por distribuir en una oportunidad dada.

Prestación del servicio militar-Recompensa con subsidio estatal/Derecho a la igualdad-Trato preferencial a reservistas

La norma no tiene por objeto sancionar a los que no prestaron el servicio militar, sino recompensar a los que realizaron el acto efectivo de prestarlo, asumiendo los riesgos y limitaciones que ello acarrea. Además, la instauración de la prerrogativa no aparece como desproporcionada, puesto que no vulnera derechos de mayor entidad de los no beneficiados con la disposición. La norma acusada respeta los parámetros básicos de asignación trazados por los programas de reforma agraria y de vivienda social de carácter oficial, pero introduce un criterio adicional para la asignación de estos bienes escasos — que se aplica en los casos en que se presente igualdad de condiciones entre los solicitantes del subsidio estatal—, cual es el de tener la condición de reservista. El trato preferencial se otorga por haber ostentado la calidad de conscripto, sea cual fuere la fuerza en la que se prestó el servicio militar obligatorio. La exclusión de los reservistas de la Fuerza Aérea Colombiana del goce del beneficio constituye una vulneración del derecho de estos últimos a ser tratados en igualdad de condiciones que los demás.

Cuestiones a debatir

Los casos de este aparte ponen de relieve uno de los mayores problemas con los que se enfrentan los jueces constitucionales: sopesar principios de igual importancia constitucional. En el caso de la sentencia colombiana, la función social de la propiedad, del lado de la protección constitucional especial a los militares, se contrapone al derecho de igualdad. El tratamiento preferencial a un sector de la población por razones loables puede resultar discriminatorio para otro grupo de ciudadanos. El principio de proporcionalidad cobra espe-

cial importancia si se considera que los criterios de distribución no pueden ser generales, que no pueden ser aplicables a todos los casos, sino que han de ser determinados de acuerdo con las características propias de los bienes o medios por repartir y de las necesidades o aspiraciones que éstos satisfacen. La Corte colombiana decidió a favor de los militares. En este caso cabe preguntarse qué dice esto de los valores bélicos del gobierno como un todo en un país donde el conflicto armado ha estado presente por décadas.

Preguntas

En el caso de la sentencia colombiana, la Corte decide declarar exequible la norma teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y el trato especial a los militares que exige la Constitución del país. No obstante, ésta también contempla el derecho a la igualdad de género.

1. ¿Cuáles pueden haber sido los argumentos de los accionantes?
2. Si usted fuera el juez responsable de decidir sobre esta demanda de constitucionalidad, ¿cómo sopesaría el trato especial con los militares y el derecho a la igualdad de género?
3. ¿Cómo resolvería este caso un liberal clásico?
4. ¿Cómo lo resolvería un socialista?

Fe de erratas de las editoras académicas

Léase en la página 549, nota de pie de página 1:

- ¹ Profesora de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Agradece la generosa colaboración de Julissa Mantilla y María del Rosario Velásquez para la elaboración del primer problema planteado en este capítulo. Julieta di Corletto es la autora del problema titulado “La violencia como criterio para evaluar la legítima defensa” (II B), pp. 593-605.

Capítulo seis VIOLENCIA

*Julieta Lemaitre*¹

Los años noventa fueron una década de reformas legales en el tema de violencia contra las mujeres. Los países de la región no sólo firmaron en este período el único convenio sobre el tema, sino que además reformaron sus códigos penales y adoptaron nuevas leyes contra la violencia en la familia.² Las reformas y las nuevas leyes eliminaron normas discriminatorias, establecieron la igualdad entre los sexos y crearon nuevas instituciones.³ Si bien el contenido de las normas varía de país en país, las similitudes del repertorio básico del que parten permite estudiarlas a escala regional. Este repertorio incluye, entre otras, la penalización

¹ Profesora de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Agradece el significativo aporte de Julieta di Corletto en la redacción del problema de la legítima defensa y la generosa colaboración de Julissa Mantilla y María del Rosario Velásquez para la elaboración del primer problema de este capítulo.

² Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará).

³ Algunas de las nuevas leyes de violencia intrafamiliar son: Argentina, ley 24417 de 1994; Bolivia, ley de la República 1674 de 1995; Colombia, ley 294 de 1996, reformada por la ley 575 de 2000; Costa Rica, ley 7586 de 1996; Chile, ley 20066 de 2005, que reemplaza la ley 19325 de 1994; Ecuador, ley 103 de 1995; El Salvador, decreto ley 902 de 1996; Guatemala, ley 97-96; Honduras, decreto 132-97; México, Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar de 1996 y Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de 2007; Nicaragua, ley 230 de 1996; Panamá, ley 27 de 1995; Puerto Rico, ley 54 de 1989 (la primera de Latinoamérica); Perú, ley 27306 de 2000, que modifica la ley 26260 de 1993 (la primera de Sudamérica); República Dominicana, ley 24-97; Uruguay, leyes 16707 de 1995 y 17514 de 2002; Venezuela, Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, del 3 de septiembre de 1998. Para las reformas penales ver, en este mismo capítulo, “La persistencia de una dogmática machista”.

de la violencia intrafamiliar, la creación de medidas civiles de protección para las mujeres golpeadas, la creación de competencias institucionales especiales, el aumento de las penas para los delitos sexuales y la eliminación de medidas discriminatorias en los códigos penales.⁴

En el campo teórico estas reformas corresponden a tres grandes etapas de conceptualización feminista: el feminismo radical norteamericano de las décadas de los años setenta y ochenta, el feminismo de las organizaciones de mujeres latinoamericanas en ese mismo período, y las innovaciones feministas en derecho internacional de los derechos humanos de la década del noventa. Si bien el tema de “violencia contra las mujeres” surge y se convierte en bandera del movimiento transnacional en esta última década, es imposible comprender esta etapa de activismo y reformas sin los marcos teóricos que la precedieron, en especial el feminismo radical y el feminismo latinoamericano.

Cuando el feminismo radical norteamericano explica la diferencia sexual y la subordinación de la mujer,⁵ le da a la violencia un lugar destacado en su aparato teórico, a diferencia del feminismo liberal. La subordinación de la mujer, para el feminismo radical, no corresponde principalmente a su exclusión del poder ni a los efectos de la discriminación, sino a su dominación por diversos medios violentos. Catharine MacKinnon es quizás quien en el campo legal lo explica de manera más contundente cuando relaciona la violencia con la construcción de la diferencia sexual. Para ella, la diferencia sexual radica esencialmente en el dominio de las mujeres por parte de los hombres, y de lo femenino por parte de lo masculino; y éste es un dominio que se mantiene con medios violentos.⁶ En otras palabras, la diferencia sexual, construida como diferencia de género, es para MacKinnon una diferencia esencialmente entre dominantes y dominados. Los actos específicos de violencia que enfrentan las mujeres en su vida personal —violación sexual y violencia física— son instrumentos que mantienen el dominio de mujeres individuales en casos individuales, y que mantienen la subordinación de las mujeres en general, en todas las esferas, mediante el temor.⁷ En consecuencia, la lucha contra la violencia es una lucha por la libe-

⁴ Para una descripción de las reformas penales ver la nota a pie de página 38 de este capítulo.

⁵ Ver un recuento de las distintas posiciones de la teoría legal feminista norteamericana frente a la violencia en Helena Alviar, “Perspectivas teóricas al tratamiento de la violencia doméstica”, presentado en el Seminario de Teoría Constitucional en América Latina, SELA, Perú, 2003.

⁶ Ver Catharine MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987; *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989. Otras feministas radicales: Mary Daly Gyn, *Ecology: The Metaethics of Radical Feminism*, Beacon Press, Boston, 1978; Susan Brownmiller, *Against Our Will Men Women and Rape*, Simon and Schuster, New York, 1975.

⁷ Catharine MacKinnon, “State of Emergency: Who Will Declare War on Terrorism against

ración femenina tanto de las mujeres individuales como del clima de temor e impotencia generado por la persistencia y cotidianeidad de los actos violentos y su legitimación tácita en la cultura dominante.

Si bien se pueden trazar vínculos claros entre el feminismo radical y las reformas legales, éstas no son un simple reflejo de la recepción regional del feminismo radical; corresponden también al desarrollo teórico de las diversas organizaciones de mujeres y a su interrelación en redes regionales.⁸

Las feministas de la región llegan al problema de la violencia contra la mujer por varias vías. En su trabajo con las mujeres del pueblo ven la violencia masculina como una constante y verifican sus efectos devastadores en la calidad de vida de las mujeres.⁹ Muchas otras, además, debido a su militancia contra las dictaduras y los gobiernos autoritarios, revelan el lastre de las torturas sexuales, una muestra más de la profundidad de la desigualdad entre los sexos y de su relación con la violencia.¹⁰ Ambas experiencias, unidas a la reflexión sobre la vida personal que exige el feminismo, llevan a una conceptualización del patriarcado como un sistema total de dominación que va más allá de la subordinación de las mujeres y que abarca la injusticia social, el militarismo, el autoritarismo, la heterosexualidad como regla, la homofobia y, obviamente, las distintas formas de violencia física, sexual y psicológica contra las mujeres.¹¹ Esta formulación del patriarcado se empieza a esbozar en el Primer Encuentro Feminista de Bo-

Women?”, *Women’s Rev. Books* 19, N° 6, 2002, pp. 7-8, y “Women’s September 11th: Rethinking the International Law of Conflict”, *Harv. Int’l L. J.* 47, N° 1, 2006, pp. 1-31.

⁸ Sally Engle Merry, *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, University of Chicago Press, Chicago, 2006; Nancy Saporta Sternbach, Marysa Navarro Aranguren, Patricia Chuchryk y Sonia E. Álvarez, “Feminisms in Latin America from Bogotá to San Bernardo”, en Arturo Escobar y Sonia E. Álvarez, *The Making of Social Movements in Latin America*, Westview Press, Boulder y Oxford, 1992; Nelly P. Stromquist, *Feminist Organizations and Social Transformation in Latin America*, Paradigm Publishers, Boulder, 2007; Norma Stoltz Chinchilla, “Marxism, Feminism and the Struggle for Democracy in Latin America”, en Escobar y Álvarez, *The Making of Social Movements in Latin America*, op. cit., pp. 37-51; Margaret E. Keck y Kathryn Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Cornell University Press, Ithaca, London, 1998; Francesca Gargallo, “El feminismo múltiple: prácticas e ideas feministas en América Latina”, en María Luisa Femenías, comp., *Perfiles del feminismo iberoamericano*, Catálogos, Buenos Aires, 2002.

⁹ S. E. Merry, *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, op. cit., p. 24.

¹⁰ F. Gargallo, “El feminismo múltiple: prácticas e ideas feministas en América Latina”, op. cit., p. 117; M. E. Keck y K. Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, op. cit., p. 176.

¹¹ F. Gargallo, “El feminismo múltiple: prácticas e ideas feministas en América Latina”, op. cit., p. 118; A. Escobar y S. E. Álvarez, *The Making of Social Movements in Latin America*, op. cit., p. 210; M. E. Keck y K. Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, op. cit., p. 175.

gotá, en 1981, y se despliega en el Segundo Encuentro en Lima en 1983. Las feministas latinoamericanas crean, en el Primer Encuentro, el Día Internacional contra la Violencia contra la Mujer, el 25 de noviembre, en conmemoración de la tortura y asesinato de las hermanas Miraval durante la dictadura de Trujillo en República Dominicana.¹²

A pesar de la importancia de ambas conceptualizaciones —la del feminismo radical y la del feminismo latinoamericano—, el tema de la violencia contra las mujeres se materializa en las grandes reformas legales sólo a partir de un tercer gran aporte conceptual: la idea de que la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos. Esta idea empieza a circular a comienzos de la década del noventa, especialmente en un artículo de Charlotte Bunch,¹³ y es recibida con entusiasmo por las feministas de diversos países que comprenden su poder explicativo y movilizador. En efecto, el situar las distintas formas de violencia contra la mujer como violaciones de los derechos humanos permite establecer la responsabilidad del Estado como garante de dichos derechos.

Así, bajo la afortunada consigna de “los derechos de las mujeres son derechos humanos,” redes feministas transnacionales han presionado a los países y a los organismos multilaterales para producir una serie de convenios y documentos que consideran la violencia contra las mujeres como una grave violación de los derechos a la igualdad, a la dignidad y a la vida, y formulan el derecho a una vida libre de violencia, derecho que estaría implícito en los anteriores.¹⁴ Esta

¹² M. E. Keck y K. Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, *op. cit.*, p. 178; A. Escobar y S. E. Álvarez, *The Making of Social Movements in Latin America*, *op. cit.*, p. 218.

¹³ M. E. Keck y K. Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, *op. cit.*, p. 165. El artículo de Charlotte Bunch es “Women’s Rights as Human Rights: Toward a Revision of Human Rights”, *Human Rights Quarterly* 12, 1990, pp. 486-498.

¹⁴ El derecho a una vida libre de violencia surge en la década del noventa con la inclusión de la violencia contra las mujeres dentro de las violaciones de los derechos humanos. De un tema casi desconocido en el derecho internacional, pasó a ser reconocido en varias resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, incluyendo la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres (A/RES/48/104, 1994), en las declaraciones y plataformas de acción de varias cumbres internacionales y en el comité que vigila el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Además, se redactó un tratado interamericano específico: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) —ver especialmente el artículo 2—. Ver también las resoluciones 12 y 19 del Comité de la CEDAW. La misma condena se ha reiterado en otros instrumentos no convencionales. Ver Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Doc. N.U. A/CONF.157/23, Viena, Austria, 14-25 de junio, 1993, sec. I, par. 18. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Doc. N.U. A/CONF.171/13/Rev.1, El Cairo, Egipto, 5-13 de septiembre, 1994. Declaración de Beijing y Plataforma de Acción, Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Doc. N.U. DPI/1766/Wom, Beijing, China,

formulación retroalimentó una vez más los movimientos feministas de la región que promovieron reformas legales y la formulación de políticas públicas, a menudo con fondos y apoyos provenientes de un feminismo transnacional. Además, propició el acercamiento con un Estado que coincidía con el fortalecimiento de las democracias, el fin de la guerra fría y una nueva disposición de las organizaciones feministas de trabajar con el Estado.

Estas circunstancias produjeron grandes triunfos legales y la creación de redes internacionales, pero también un nuevo período de retos y frustraciones en la implementación de las normas. La primera frustración fue la dificultad para traducir, en normas legales, una concepción compleja de patriarcado como la formulada por las feministas de la región. El resultado inmediato fue la simplificación de la problemática de las mujeres, en especial de las mujeres pobres: se privilegió el maltrato conyugal por encima de las otras formas de exclusión y violencia. En sociedades tan desiguales, en las que la aplicación del derecho es incierta, a menudo las normas no arrojan los resultados esperados. Por un lado, porque la violencia conyugal y sexual es uno de los muchos problemas que enfrentan las mujeres pobres como individuos y como parte de un grupo familiar; por otro, porque incluso cuando el Estado sólo atiende problemas de violencia marital y sexual, falla por falta de recursos, voluntad política y en ocasiones por simple ausencia.

Además de los problemas que se derivan de la aplicación de las normas, o de su falta de aplicación, existe otra serie de problemas principalmente jurídicos. Precisamente de éstos se ocupa este capítulo. El “principalmente jurídicos” alude a que se trata de problemas relacionados con la formulación de las normas y con su interpretación. Este capítulo subraya la tensión existente entre la formulación e interpretación de las normas y las intenciones emancipatorias del feminismo en tres temas generales: la penalización como mecanismo de cambio social, las dificultades para incluir el punto de vista de las mujeres en la normatividad penal y los efectos restrictivos de las normas en la libertad y la

4-15 de septiembre, 1995, párs. 69, 80(a-b) y 279(a), par. 107(d) y par. 29 y véase párs. 58(p), 107(q), 112-130, 224 y 232(g). Las recomendaciones de los comités que en el sistema internacional vigilan el cumplimiento de los tratados de derechos humanos han señalado en esta década, en repetidas ocasiones, la prevalencia de la violencia intrafamiliar como una violación de derechos humanos de responsabilidad estatal. Ver, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: CIDH OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev., 26 de febrero, 1999, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia; Comité de Derechos Humanos: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia. 05/05/97. CCPR/C/79/Add. 76. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Observaciones finales del examen del cuarto informe periódico de Colombia, A/54/38, 4 de febrero de 1999, párs. 337-401. Además, la Comisión Interamericana acaba de expedir el primer fallo que condena a un país por un caso de violencia intrafamiliar: ver Informe N° 54/01 Maria da Penha, Caso 12.051 (Brasil).

autonomía femenina. Estos tres temas representan tanto los aportes feministas a la dogmática tradicional, como las dificultades que enfrenta el proyecto feminista cuando pretende usar el derecho para el avance de su agenda. Si bien los ejemplos no agotan el tema, ofrecen una introducción útil a un material relevante y una forma de análisis a la vez feminista y crítica.

I. LAS PARADOJAS DE LA PENALIZACIÓN

FEMINISMO Y CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

La crítica feminista al derecho apoya las reformas hechas a los códigos penales argumentando que la ley no sólo discrimina a las mujeres, sino que además excluye su punto de vista. Esas reformas, por lo tanto, se han orientado a eliminar las clasificaciones sexistas (la calificación del sujeto pasivo de ciertos delitos sexuales, como mujer virgen o mujer honesta, por ejemplo) y a incluir el punto de vista de las mujeres (por ejemplo, que la violación marital sí existe como forma de violencia sexual). Su objetivo no es sólo mejorar la situación de las mujeres frente al derecho penal, sino además cambiar la cultura mediante el efecto legitimador del derecho.¹⁵

Para la criminología crítica, este uso del derecho penal es un error monumental del feminismo: un movimiento emancipatorio como éste no se debería aliar con el Estado en el ejercicio del poder punitivo,¹⁶ un poder que, por su estructura, no se puede ejercer sino en forma selectiva y necesariamente discriminatoria. Se cuestiona el hecho de que “el poder jerarquizante de la sociedad, el instrumento más violento de discriminación, la herramienta que apuntala todas las discriminaciones, pueda convertirse en un instrumento de lucha contra la discriminación”.¹⁷

¹⁵ “[...] preferiría no tener que gastar tanto esfuerzo logrando que la ley reconozca que la violencia contra las mujeres es mala. Pero parece ser necesario para legitimar nuestro dolor como cierto, y para deslegitimar la violencia, y éste es un paso necesario para avanzar hacia etapas más positivas. Así, la reforma del acoso sexual por primera vez deslegitimó el acoso sexual tanto social como legalmente. Si se les ocurre un camino más efectivo para lograr esto, hángamelo saber [...]”. C. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, op. cit., 1987, p. 104.

¹⁶ Ver Elena Larrauri, *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI, Madrid, 1991; ver Regina Pereira de Andrade, *A ilusão de segurança jurídica do controle da violência a violência do controle penal*, Livraria do Adrogado, Porto Alegre, 1997; Haydée Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000.

¹⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en H. Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, op. cit.

Estas dos perspectivas enmarcan los casos que se estudian a continuación. El primero tiene que ver con la creación del delito de femicidio o feminicidio para tipificar la tortura y el asesinato de mujeres jóvenes y pobres, y su falta de investigación y castigo. Varias feministas centroamericanas, con algún eco en el resto de la región,¹⁸ han abogado por la tipificación de este delito, que se define como el asesinato de mujeres por el hecho de ser mujeres. Constituirían feminicidio, por ejemplo, los homicidios que con motivos sexuales buscan imponer conductas “apropiadas” de esposa o madre, o contra una prostituta por el solo hecho de serlo. En este aparte se considera la aplicación del femicidio en dos fenómenos muy complejos: los asesinatos seriales de Ciudad Juárez, vinculados a economías legales —maquilas— e ilegales —narcotráfico, inmigración ilegal, tráfico de personas— de esta zona de frontera, y los ocurridos en Guatemala, relacionados con bandas de adolescentes jóvenes y pobres —las maras—.

El segundo caso tiene que ver con la responsabilidad del Estado por violación sexual en contextos de terrorismo de Estado o de conflicto armado. Las feministas han abogado porque el Estado, en lugar de responsabilizar únicamente a los individuos que cometen violencia sexual, asuma la responsabilidad que le cabe. Se cuestiona entonces la idea de que la violación sexual sea un acto independiente de otros actos de represión, como la detención ilegal y otras formas de tortura; la idea es que se reconozca como parte de un solo fenómeno violatorio de los derechos humanos. En este sentido, es muy importante la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Raquel Martín de Mejía contra Perú”, en el que se reconoce que la violencia sexual es una forma de tortura.¹⁹

La pregunta es si es productivo insistir en la responsabilidad del Estado por actos frente a los cuales es indiferente, como son los asesinatos sexuales o la violencia sexual; si insistir en esa responsabilidad contribuye a la emancipación de las mujeres y al cambio de mentalidades. La incapacidad del derecho penal para proteger a las mujeres es evidente en la región, y se refleja, aparte de la esfera de la violencia, en la ineficacia a la hora de criminalizar el no pago de pensiones de alimentos, para dar un ejemplo. La idea no es rechazar de plano la reforma legal, sino ponerla en un contexto amplio de activismo, y pensar que ha llegado el momento de evaluar no sólo sus resultados sino también las dificultades para ponerla en práctica como estrategia de cambio social.

¹⁸ Ver, por ejemplo, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, *La violencia contra la mujer: femicidio en el Perú*, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, Lima, 2005.

¹⁹ Ver nota 26.

A. PRIMER PROBLEMA: EL FEMICIDIO O LOS ASESINATOS DE MUJERES POR SER MUJERES

Las denuncias por tortura y asesinatos de mujeres en la región, especialmente en México y Guatemala, responsabilizan a los Estados por la impunidad y la persistencia de estos delitos, e insisten en que no se pueden confundir con las cifras generales de criminalidad. Las denuncias sostienen que estos crímenes revelan la discriminación contra la mujer, no sólo porque el sexo es su principal motivación, sino también porque las autoridades los ignoran deliberadamente, reproducen estereotipos (un argumento recurrente de las autoridades, por ejemplo en los casos de niñas desaparecidas, consiste en suponer que ésta o éstas debieron de haberse escapado con el novio) y no investigan el delito ni castigan a los culpables. Esta situación lleva a muchas organizaciones de derechos humanos a acusar al Estado de incumplir sus obligaciones como garante de los derechos humanos.

Un sector del movimiento feminista promueve además que se nombre el fenómeno como femicidio, para que los asesinatos de mujeres motivados por el sexo sean identificados como un tipo especial de asesinato. El término proviene de Jill Radford y Diane Russell, que lo definen como los asesinatos de mujeres motivados por el odio hacia éstas. Lo hicieron a partir del caso de un joven canadiense que asesinó a un grupo de muchachas estudiantes de ingeniería y que adujo haberlo hecho por el odio que sentía por las mujeres.²⁰ El prototipo del femicidio en Latinoamérica no es equiparable a este caso, de índole aislada, sino más bien a quince años de desapariciones, torturas y asesinatos de mujeres jóvenes en Ciudad Juárez, México. Otros fenómenos similares fueron incluidos más recientemente en Guatemala.²¹

Se está ante un fenómeno que tiene al menos tres dimensiones novedosas para el derecho. La primera es la motivación de los asesinos, que parece estar relacionada con la juventud y el sexo de las víctimas, y con un odio o desprecio que se manifiesta en conductas sexuales extremadamente violentas; la segunda dimensión es el clima de zozobra e impunidad creado por el cúmulo de crímenes sin resolver a lo largo de los años; y la tercera, por último, es la desidia, negligencia y en ocasiones evidente mala fe de las autoridades encargadas de investigar los delitos.

²⁰ Jill Radford y Diane Russell, *Femicide: The Politics of Woman Killing*, Open University Press, Buckingham, 1992.

²¹ La antropóloga Rita Segato relaciona los crímenes de Ciudad Juárez con el modus operandi de mafias criminales. Ver Rita Laura Segato, *Qué es un femicidio. Notas para un debate emergente*, Universidad de Brasilia, Departamento de Antropología, Brasilia, 2006.

Ante esta situación, el movimiento feminista trabaja en dos frentes legales. Por una parte, en la creación de un nuevo delito que defina tanto la motivación de odio hacia las mujeres como la situación general de zozobra e impunidad de la que se aprovechan los criminales. La definición más difundida es la de la diputada mexicana Marcela Lagarde en la sustentación de su proyecto de reforma del Código penal. Lagarde define el feminicidio como el atentado contra la vida e integridad física de una mujer cuando es cometido en un lugar en el que este tipo de atentados y la impunidad que le sigue son sistemáticos.

El segundo frente legal es el de denunciar al Estado por violar su obligación de proteger y garantizar la vigencia de los derechos humanos en su territorio, en especial el derecho a la vida y al acceso a una adecuada administración de justicia. A continuación se analizan algunos de los problemas con los que se enfrentan ambos esfuerzos, tanto el de crear un nuevo tipo penal como el de insistir en la responsabilidad del Estado.

Informe especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
“Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez,
México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación”
7 de marzo de 2003²²

[...]

El presente informe se refiere a los derechos de las mujeres de Ciudad Juárez, México, a no ser objeto de violencia y discriminación. En él se expone la grave situación de violencia que enfrentan las mujeres y las niñas de Ciudad Juárez, consistentes, *inter alia*, en homicidios y desapariciones, así como actos de violencia sexual y doméstica, y se ofrecen recomendaciones destinadas a ayudar a los Estados Unidos Mexicanos (“Estado” o “Estado mexicano”) a ampliar sus esfuerzos tendientes a respetar y garantizar esos derechos.

[...]

Durante la visita, las autoridades de Ciudad Juárez presentaron información referente al asesinato de 268 mujeres y niñas a partir de 1993. En un considerable número de casos, las víctimas eran mujeres o niñas, trabajadoras de las maquilas (plantas de ensamblaje) o estudiantes que fueron objeto de abusos sexuales y luego asesinadas brutalmente. Dichas autoridades dieron cuenta también de más de 250 denuncias de desaparición de personas presentadas en ese período que siguen sin resolverse [...].

[...]

Si bien la situación de la mujer en Ciudad Juárez tiene muchos aspectos comunes a los de otras ciudades de México y de la región en general, presenta diferencias en

²² OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, 7 de marzo de 2003.

ciertos importantes aspectos. Primero, la tasa de homicidios de mujeres aumentó extraordinariamente en Ciudad Juárez en 1993, y desde entonces ha seguido siendo elevada. Segundo, como se explica en mayor detalle en el informe, el número de homicidios de mujeres, en comparación con el de hombres en Ciudad Juárez es considerablemente mayor que el de ciudades en situación similar, y que el promedio nacional. Tercero, las circunstancias sumamente brutales de muchos de los asesinatos han permitido centrar la atención en la situación imperante en Ciudad Juárez. Un considerable número de esas víctimas eran jóvenes de 15 a 25 años de edad, y muchas fueron golpeadas u objeto de violencia sexual antes de ser estranguladas o muertas a puñaladas. Algunos de los asesinatos con estas características han sido descritos como homicidios múltiples o “seriales”. Cuarto, la respuesta de las autoridades ante estos crímenes ha sido notablemente deficiente. Dos aspectos de esa reacción revisten especial importancia. Por una parte, la gran mayoría de los asesinatos siguen impunes; aproximadamente el 20% han dado lugar a procesamientos y condenas. Por otra parte, casi al mismo tiempo que comenzara a aumentar la tasa de homicidios, algunos de los funcionarios encargados de la investigación de esos hechos y el procesamiento de los perpetradores comenzaron a emplear un discurso que, en definitiva, culpaba a la víctima por el delito. Según declaraciones públicas de determinadas autoridades de alto rango, las víctimas utilizaban minifaldas, salían de baile, eran “fáciles” o prostitutas. Hay informes acerca de que la respuesta de las autoridades pertinentes frente a los familiares de las víctimas osciló entre indiferencia y hostilidad.

[...]

Aunque el alto nivel de violencia contra hombres y mujeres es una fuente de preocupación para la CIDH en términos más generales, los esfuerzos tendientes a sancionar los asesinatos cometidos en el pasado contra mujeres y prevenir futuros hechos del mismo género han sido bloqueados por obstáculos adicionales, muy especialmente la discriminación basada en el género. En este sentido debe subrayarse que, como lo deja en claro la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”), la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Como lo establecen la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, adoptadas por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, esa violencia “es uno de los mecanismos sociales fundamentales mediante los que se coloca a la mujer en una posición de subordinación frente al hombre”. La falta de debida diligencia para aclarar y castigar esos delitos y prevenir su repetición refleja el hecho de que los mismos no se consideran como problema grave. La impunidad de esos delitos envía el mensaje de que esa violencia es tolerada, lo que favorece su perpetuación.

Amnistía Internacional
“Ni protección ni justicia: homicidios de mujeres en Guatemala”
Junio de 2005²³

Mi hija María Isabel de 15 años era estudiante y trabajaba en una boutique en vacaciones. La noche del 15 de diciembre de 2001 fue secuestrada en la capital y apareció poco antes de Navidad violada, amarrada de pies y manos con alambre de púas, acuchillada y estrangulada, metida entre una bolsa y su cara desfigurada a golpes, tenía hoyitos en el cuerpo, una soga al cuello y las uñas volteadas. Cuando me entregaron el cuerpo yo me tiré al piso a gritar y llorar y todavía me decían que no exagerara. Con base en declaraciones de testigos las autoridades identificaron dos de los autores, un vehículo lujoso y datos de la casa donde estuvo raptada, el expediente ha pasado por dos fiscalías, pero los autores siguen en libertad.

La brutal violencia sexual de que fue objeto María Isabel tras ser secuestrada y antes de que la asesinaran en 2001 es característica de muchos de los centenares de homicidios de mujeres y niñas registrados en Guatemala en los últimos años. La falta de medidas de las autoridades guatemaltecas para detener y poner a disposición judicial a los responsables es otra característica de este caso y de muchos otros. Muchos de los familiares de las mujeres asesinadas ven agravado su sufrimiento al saber que, con casi total seguridad, al no ocuparse el gobierno de estos casos debidamente, garantizando que los delitos se investigan de manera exhaustiva e imparcial, jamás tendrán acceso a la verdad y la justicia. En un plano más general, el hecho de que el gobierno guatemalteco no haya logrado prevenir el aumento en el número de asesinatos ni garantizado el enjuiciamiento efectivo de los responsables permite a éstos seguir cometiendo delitos con la certeza de que no tendrán que rendir cuentas por ello.

Las autoridades guatemaltecas confirmaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que, entre 2001 y agosto de 2004, registraron la muerte de 1.188 mujeres. [...] Sin embargo, se desconoce el número exacto de mujeres asesinadas, y no hay tampoco acuerdo en torno a él. La cifra varía según las instituciones y se establece con criterios distintos. Una fuente oficial es la Policía Nacional Civil (PNC), que registró 527 casos de mujeres víctimas de homicidio violento durante 2004. Sin embargo, varios factores, como el temor de los familiares a informar del asesinato y la falta de confianza pública en las instituciones del Estado, en particular en la administración del sistema de justicia para responder adecuadamente a las denuncias, indican que las cifras de la policía podrían quedarse cortas. Algunos observadores han cuestionado o descartado la gravedad del problema de los ho-

²³ AMR 34/017/2005 (los pies de página fueron omitidos). Disponible en <http://web.amnesty.org/library/index/eslamr340172005>.

micidios de mujeres por considerar que las estadísticas son iguales o parecidas a las de homicidios de mujeres cometidos en otros países de América. Sin embargo, Amnistía Internacional cree que la brutalidad reiterada, los indicios de violencia sexual —que puede constituir tortura en algunos casos— y el aumento del número de homicidios hacen necesario que las autoridades presten atención al problema con urgencia.

En Guatemala, la mayoría de los homicidios de mujeres se han cometido en zonas urbanas, donde se ha visto además un alto incremento de la delincuencia violenta en los últimos años, vinculada a menudo al crimen organizado —incluidos el tráfico de drogas o armas y los secuestros perpetrados para pedir rescate—, así como a las actividades de bandas de jóvenes de la calle conocidas como “maras”. Los hombres también se han visto afectados por el grado general de violencia existente en la comunidad, y se ha producido un significativo aumento del índice de asesinatos en general. Las cuestiones de seguridad pública y quebrantamiento de la ley figuran a menudo entre los principales motivos de preocupación de la población en general.

[...]

Muchas de las víctimas de homicidio eran menores de 18 años. Entre las mujeres víctimas de homicidio en Guatemala en los últimos años ha habido estudiantes, amas de casa, profesionales, empleadas domésticas, trabajadoras no cualificadas, miembros o ex miembros de maras y trabajadoras del sexo. Aunque los asesinatos puedan haberse cometido por distintos motivos y tanto por agentes estatales como no estatales, el estudio de algunos de los casos revela que la violencia suele estar basada en el género de la víctima, el cual parece ser un importante factor, determinante tanto del motivo como del contexto del asesinato, así como del tipo de violencia ejercida y de la respuesta de las autoridades.

[...]

Debido a la falta de información oficial fidedigna, es sumamente difícil hacerse una idea general de la magnitud de la violencia perpetrada contra las mujeres en Guatemala. En particular, la ausencia casi absoluta de datos desglosados por géneros en los documentos oficiales hace que la violencia de género se registre en general en menor proporción de la que representa realmente e incluso que a menudo apenas quede reflejada.

[...]

Las dimensiones que ha adquirido hoy la violencia contra las mujeres en Guatemala tienen su origen en valores históricos y culturales que han mantenido la subordinación de las mujeres y que fueron especialmente evidentes durante el conflicto armado interno que se prolongó a lo largo de 36 años, hasta la firma de los acuerdos de paz auspiciados por la ONU en 1996.

[...]

Amnistía Internacional reconoce que las autoridades guatemaltecas han tomado algunas medidas positivas para prevenir la violencia contra las mujeres, entre ellas la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, la promulgación de leyes y la creación de instituciones públicas para promover y proteger los derechos de las mujeres. Sin embargo, estas medidas a menudo no se han aplicado, vigilado o revisado de manera efectiva, por lo que raras veces han servido para impedir que las mujeres sufran violencia.

**Propuesta de reforma del Código penal federal mexicano
Diputadas Marcela Lagarde y de los Ríos, Eliana García Laguna y
Rebeca Godínez y Bravo
Diciembre de 2004²⁴**

ARTÍCULO PRIMERO: Se adicionan el Título Vigésimo Octavo y los artículos 432, 433 y 434 al Código Penal Federal, para quedar en los siguientes términos:

Libro Segundo. Título Vigésimo Octavo. De los Delitos de Género. Del Delito de Femicidio

Artículo 432: A quien atente, sin importar la finalidad de la acción, en contra de la vida, la dignidad, la integridad física o mental de mujeres en una determinada comunidad o región donde de manera recurrente se hubieran venido cometiendo estos delitos, se impondrá una pena de veinte a cuarenta años, además de las penas que correspondan por los delitos cometidos.

Para los efectos del presente artículo se considera un atentado en contra de la vida, la dignidad, o la integridad física o mental de las mujeres:

- I. Homicidio
- II. Desaparición forzada
- III. Secuestro
- IV. Violación
- V. Mutilación
- VI. Lesiones graves
- VII. Trata de persona
- VIII. Tráfico de persona

²⁴ Iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona al libro segundo del Código penal federal el título Vigésimo Octavo, “De los delitos de género”, y los artículos 432, 433 y 434, para tipificar el delito de femicidio; y se adiciona un numeral 35 al artículo 194 del Código federal de procedimientos penales y una fracción VI al artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Diciembre de 2004. Disponible en <http://www.isis.cl/Femicidio/fdocumento.htm>.

- IX. Tortura
- X. Abuso sexual
- XI. Prostitución forzada
- XII. Esterilización forzada
- XIII. Discriminación por orígenes étnicos, raciales, preferencia sexual o por estado de gravidez, y
- XIV. Todas las conductas consagradas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos y protección a la mujer.

Las penas señaladas en este artículo se incrementarán hasta en una mitad cuando el o los responsables del delito sean los encargados de establecimientos de salud, educativos, de procuración o administración de justicia o mantengan hacia las víctimas una posición de jerarquía institucional.

De igual manera se incrementarán hasta en una mitad cuando las víctimas sean niñas o adolescentes menores de 18 años.

Artículo 434: Se impondrá una sanción de cinco a ocho años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de empleos, cargos o comisiones en el servicio público a la autoridad que, teniendo la obligación de evitar o investigar la comisión del delito de femicidio o de cualquier otro de los delitos señalados en las fracciones I a XIV, no lo hiciera o incurriera en acciones u omisiones que tengan como consecuencia la perpetuación de las condiciones que faciliten la comisión del delito.

Cuestiones a debatir

Definición de femicidio como delito

En ambos informes se insiste en la responsabilidad del Estado por estos asesinatos. Consideran que éste ha violado su obligación de proteger el derecho a la vida de las víctimas y el derecho al acceso a la justicia.

Considere el impacto que tendría la tipificación del femicidio en el proceso penal y si ésta serviría como mecanismo de presión efectivo para que los individuos modifiquen su conducta.

El término femicidio, como delito, se refiere a los asesinatos de mujeres cuya motivación es el sexo de la víctima. Un agresor que busca a una mujer para violarla y asesinarla lo hace porque es mujer; si se tratara de un hombre, no cometería la acción. Esta diferencia no existe en el caso de un asalto: el sexo de la víctima puede facilitar el delito, si el autor considera a la mujer más débil, pero no lo motiva. En este caso, el motivo sería el lucro. El que las mujeres puedan ser víctimas de asesinato debido a su sexo es algo que primordialmente les ocurre a ellas, aunque no es el único delito motivado por la categoría a la que se pertenece —también hay casos de asesinatos de homosexuales, travestis, negros,

indígenas, e incluso de miembros de una iglesia o un partido político—. Parecería entonces que el elemento a tipificar debería ser la motivación, y además cuando el homicidio se comete en razón de una característica de la víctima —el sexo, su orientación sexual, religión, raza, etcétera— se podría estar hablando de una casual de agravante de éste. La dificultad estriba en que en muchas ocasiones la motivación, incluso para los agresores, no es clara: la violación de una muchacha no parece motivada por el género hasta que una explicación no lo hace evidente. Por esto sea quizá más efectivo identificar un delito específico que exija que tanto en el proceso criminal como en la sociedad en su conjunto la motivación se visibilice como un elemento del delito.

Preguntas

1. Considere las propuestas anteriores para la tipificación del femicidio como un delito.

¿En su criterio, la tipificación propuesta responde a la situación que describen los informes de Amnistía Internacional sobre Guatemala y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre México? ¿Que tipificación recogería adecuadamente el fenómeno descrito? Evalúe la idoneidad de los siguientes elementos para crear un tipo de femicidio: que haya sido precedido o seguido de violencia sexual (violación, mutilación sexual, entre otras); que se haya cometido por motivos fútiles o abyectos, es decir, con acciones frívolas o bajas, con alevosía, abuso de superioridad, ensañamiento, con expresiones de menosprecio por el género del ofendido.

2. A la luz de la reiterada ineficacia del Estado para investigar y castigar los crímenes que se han descrito, ¿qué ventajas y desventajas ve usted en la creación de un tipo penal especial? Considere los argumentos de MacKinnon y Zaffaroni expuestos al inicio de esta sección.

3. El proyecto de ley para la penalización de la violencia contra las mujeres de Costa Rica, de acuerdo con el informe afirmativo unánime de la Comisión Permanente Especial, y con las consultas de constitucionalidad de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, establece:

Artículo 21. Femicidio

Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.²⁵

²⁵ Disponible en www.alianzaportusderechos.org/media_files/download/Leypenalizacionviolencia.doc.

El proyecto original de la ley costarricense no establecía la necesidad de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, sino “una relación de poder o confianza”. El cambio se hizo en la comisión legislativa porque el voto consultivo N° 2005-01800 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— opinó que el uso de estos términos —relación de poder o de confianza, de orden afectivo, familiar o jerárquico, de hecho o de derecho— producía “una gran apertura al tipo penal [...] dejando sin sustento la función de garantía de la tipicidad, principio derivado de la legalidad”.

¿Qué opina de la formulación inicial y del cambio que se le hizo?

4. La propuesta de las diputadas mexicanas incluye en el tipo que el delito ocurra en una localidad “donde de manera recurrente se hubieren venido cometiendo estos delitos”. ¿Qué problemas puede acarrear este elemento cualificador del delito? ¿Conoce otros tipos penales con calificativos similares?

Responsabilidad del Estado por el femicidio

En el año 2003, un grupo de organizaciones no gubernamentales (ONG) regionales solicitó una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para reportar la situación de violencia contra la mujer en la región, y en particular el incremento de asesinatos de mujeres motivados por el sexo.²⁶ Las organizaciones que asistieron forman parte de una red transnacional que presiona a los Estados a través del sistema de Naciones Unidas, la OEA y organizaciones internacionales de derechos humanos como Amnistía Internacional. El objetivo es lograr que los gobiernos nacionales de turno actúen en la investigación y el castigo de estos crímenes y en el resarcimiento de las familias sobrevivientes.

La respuesta del gobierno mexicano a esta campaña, por ejemplo, ha sido positiva: ha reconocido su responsabilidad, ha creado instituciones y ha adoptado nuevas políticas. Sin embargo, las medidas no han alterado la situación de violencia. México alega que se trata de un fenómeno estructural que no depende

²⁶ A esta audiencia asistieron las siguientes organizaciones: la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. (CMDPDH); el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM); la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH); el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL); Fundación Kuña Aty, Paraguay; Estudio para la Defensa y los Derechos de la Mujer (DEMUS), Perú; Católicas por el Derecho a Decidir, México; Grupo de Mujeres de San Cristóbal de las Casas, A.C. (COLEM), México; Centro de Promoción de la Mujer Gregoria Apaza, Bolivia; Red Nacional de Trabajadoras/es de la Información y Comunicación (RED ADA), Bolivia; Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH), Guatemala; Sisma Mujer, Colombia; Red de la No Violencia contra las Mujeres de Guatemala y Washington, Office on Latin America (WOLA).

ni encuentra su causa en el Estado, y que las acciones de largo plazo que asegurarían el cambio no pueden ser de su exclusiva responsabilidad.²⁷

Preguntas

1. Analice los hechos que presentan los informes sobre asesinatos de mujeres en Guatemala y México, y señale si en su criterio hay o no responsabilidad del Estado. Considere como fuentes de obligaciones los principales tratados de derechos humanos suscritos por México, incluyendo las convenciones de Belém do Pará y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Considere además lo que en los casos “Velásquez Rodríguez” —responsabilidad por hechos de agentes no estatales— y “Maria Maia da Penha” —responsabilidad por inacción ante la violencia intrafamiliar— estableció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2. En el caso de Ciudad Juárez, los familiares de las víctimas, en hechos parcialmente confirmados por la Comisión de las Naciones Unidas enviada a investigar el caso, reportan que las autoridades no sólo no han tomado medidas adecuadas para buscar a las mujeres desaparecidas, sino que además han propiciado retardos y entorpecido la investigación, llegando al extremo de fabricar pruebas, obtener confesiones bajo torturas y aceptar falsos testimonios de personas que aparecen en varios procesos.

Además han dado un trato abusivo a las familias de las víctimas: han retrasado la entrega de los cuerpos sin justificación alguna, no les han permitido ver los cuerpos (en algunas ocasiones se han entregado en caja sellada), y permanentemente alegan estar haciendo pruebas periciales que nunca aparecen en los expedientes, entre otros indicios serios de ocultamiento de pruebas. Los familiares de las víctimas, además, han recibido amenazas y las autoridades no han investigado.²⁸

¿Estos hechos se constituyen en indicios suficientes para decidir afirmativamente sobre la responsabilidad del Estado mexicano?

3. El Estado mexicano acepta que hay deficiencias e irregularidades en el proceso de investigación; pero insiste también en que “se trata de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que por lo tanto la respuesta es más compleja que mejorar la

²⁷ Ver nota 29.

²⁸ Informe de México producido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer bajo el artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y Respuesta del Gobierno de México, CEDAW/C/2005/OP.8/MÉXICO, 27 de enero de 2005, párrafos. 235, 236, 237.

investigación y sanción de determinados casos.²⁹ ¿Considera que estas circunstancias estructurales atenúan en algo la responsabilidad del Estado?

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA VIOLACIÓN COMO TORTURA. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho internacional humanitario, y en particular la Convención de Ginebra como ente regulador del tratamiento de civiles y combatientes en la guerra, estableció en 1949 que cuando la violencia sexual se cometía en contra de una persona protegida —civiles y combatientes capturados— sería considerada un acto violatorio de la Convención. Sin embargo, sólo a mediados de la década del noventa el derecho internacional de los derechos humanos estipuló que la violencia sexual cometida por un agente estatal en ejercicio de su cargo es responsabilidad del Estado. En este sentido constituyen un hito los avances de los tribunales internacionales de Rwanda y Yugoslavia, y la creación de la Corte Penal Internacional.

La lenta evolución del derecho internacional es difícil de explicar. Es evidente que al menos la violencia sexual contra los civiles detenidos era un asunto cotidiano en los regímenes represivos que el derecho interamericano de los derechos humanos condenó en las décadas de los años setenta y ochenta. Sin embargo, la violencia sexual no se consideraba parte de la tortura sino una especie de acto caprichoso de algún agente. Este punto de vista se corresponde quizá con los factores que invisibilizan la violencia sexual en los derechos nacionales, y además con la falsa idea de que cuando un agente estatal comete un acto de violación sexual lo hace en su carácter de individuo, en busca de su satisfacción personal, y no como un agente del Estado en el contexto de una campaña de represión violenta.

Esta época quedó atrás con el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) “Raquel Martín de Mejía contra Perú”. La Comisión dejó claro desde entonces que la violencia sexual es otro más de los métodos de tortura, y no un incidente aislado. También permite suponer, en conjunción con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velásquez Rodríguez”, que podría haber una responsabilidad del Estado por la violencia sexual sufrida a manos de personas no determinadas —paramilitares, guerrillas o bandas de delincuentes, por ejemplo— cuando el Estado no cumple con su deber de investigar y sancionar el delito.³⁰ Esta posibilidad, sin embargo, lleva a

²⁹ *Ibid.*, párrafo 159.

³⁰ Sobre la responsabilidad del Estado por los crímenes cometidos por escuadrones de la muerte.

preguntarse por los límites que separan la violación como tortura y la violación como delito en el derecho nacional.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Raquel Martín de Mejía contra Perú

Informe N° 5/96. Caso 10.970

1° de marzo de 1996

Problema jurídico

¿Si un agente del Estado comete un acto de violación sexual en circunstancias de represión estatal, la responsabilidad es del Estado o sólo del individuo?

Hechos

Cuando se detuvo a Fernando Mejía, uno de los oficiales permaneció en la casa del detenido y violó a la esposa de Mejía en dos ocasiones. La amenazó con detenerla, como lo habían hecho con su esposo, si se resistía.

Decisión de la Comisión

Los abusos sexuales cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad, sea como resultado de una práctica concebida desde el Estado o como resultado de la omisión de éste de prevenir la consumación de este crimen, constituyen una violación a los derechos humanos de las víctimas.

Extractos

[...]

A las 23:15 del [...] 15 de junio, un grupo de personas con sus caras cubiertas con pasamontañas y portando ametralladoras irrumpieron en la casa de los Mejía y reclamaron ver al [doctor] Fernando Mejía Egocheaga. Cuando éste abrió la puerta, seis individuos [vestidos con] uniformes militares entraron [...], uno de ellos golpeó al [doctor] Mejía con su arma; luego, quien estaba a cargo del operativo ordenó que se lo subiera a una camioneta amarilla de propiedad del Gobierno. Los hechos descritos fueron presenciados por su esposa, señora Raquel Martín.

Esa misma noche, aproximadamente 15 minutos después que los hechos referidos tuvieron lugar, un grupo de entre seis y diez efectivos militares con sus rostros cubiertos con pasamontañas negros se presentaron nuevamente en el domicilio de los Mejía. Uno de ellos —quien había estado al mando del operativo de secuestro

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988.

de Fernando Mejía— ingresó a la casa, presuntamente con el objeto de solicitar a Raquel Martín los documentos de identidad de su esposo.

Mientras que ésta los buscaba, la siguió al cuarto y le dijo que ella también estaba considerada como subversiva. [...] Raquel Mejía trató de explicarle que ni ella ni su esposo pertenecían a movimiento subversivo alguno; sin embargo, sin escucharla, empezó a rociarse con sus perfumes y finalmente la violó. Acto seguido, la condujo fuera de su casa para que viera al hombre que había denunciado a su esposo [...] Finalmente, el individuo que abusó sexualmente de ella, subió a la camioneta y se marchó.

Aproximadamente 20 minutos después, la misma persona regresó a la casa de los Mejía, aparentemente con la intención de comunicar a Raquel que posiblemente su esposo sería trasladado en helicóptero a Lima al día siguiente. Luego la arrastró al cuarto y nuevamente la violó. Raquel Mejía pasó el resto de la noche bajo un estado de terror, temiendo por el regreso de quien había abusado sexualmente de ella y por la seguridad y la vida de su esposo.

[...]

Raquel Mejía, en compañía del juez suplente y del secretario del tribunal a cargo de la causa, se dirigió al lugar señalado y allí, en la base de la columna que sostiene el puente, descubrió el cadáver decapitado de Aladino Melgarejo y, yaciendo a su lado, el cadáver de su esposo, el [doctor] Fernando Mejía. El último mostraba signos claros de tortura, heridas punzantes en piernas y brazos y una herida abierta en el cráneo, aparentemente causada por la bala de un arma. Su cuerpo estaba severamente golpeado e hinchado [...]

Consideraciones sobre el fondo del asunto

[...]

Raquel Mejía denunció a la Comisión que cuando el 20 de junio de 1989 presentó su declaración a la policía de Oxapampa en relación al secuestro y posterior homicidio de su esposo, omitió denunciar los abusos sexuales de los que había sido objeto pues: temerosa de que la revelación de las violaciones cometidas contra mi persona pudieran causarme ostracismo y exponerme a mayor peligro o daño físico [...]

La Comisión observa que las razones expuestas por la peticionaria para no presentar una denuncia en los tribunales internos se encuentran sustentadas por distintos documentos publicados por organismos intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales en los cuales se hace expresa referencia a la imposibilidad de aquellas mujeres que han sido víctimas de violación por miembros de las fuerzas de seguridad o de la policía de obtener un remedio a las violaciones de sus derechos [...]

[L]as pruebas recogidas demuestran que la policía y las fuerzas armadas protegen a los responsables de estas violaciones y [...] prom[ueven] sus carreras, [...] tolerando la comisión de estos crímenes.

Cuestiones planteadas

[L]a Comisión debe establecer:

1. Si los abusos sexuales de los que fue objeto Raquel Mejía constituyen una violación de los derechos a la integridad personal (artículo 5) y a la intimidad (artículo 11), en relación con la obligación consagrada en el artículo 1.1.

[...]

Análisis

[...]

Los abusos sexuales reiterados de los que fue objeto Raquel Mejía configuran una violación del artículo 5 y del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho internacional vigente establece que los abusos sexuales cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad, sea como resultado de una práctica concebida desde el Estado o como resultado de la omisión de éste de prevenir la consumación de este crimen, constituyen una violación a los derechos humanos de las víctimas, particularmente su derecho a la integridad física y mental.

[...]

En el ámbito del derecho internacional humanitario, el artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra explícitamente prohíbe el abuso sexual. El artículo 1472 del mencionado Convenio que contiene aquellos actos considerados como “infracciones graves” o “crímenes de guerra” incluye la violación en tanto constituye “tortura o trato inhumano”. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha declarado que la “infracción grave” de “causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud” incluye los abusos sexuales.

Por otro lado, el artículo 76 del Protocolo I, adicional a los convenios de Ginebra de 1949, prevé una prohibición expresa de la violación u otro tipo de abusos sexuales. El artículo 85.4, por su parte, señala que dichas prácticas, cuando están basadas en discriminación racial, constituyen “infracciones graves”. De acuerdo a lo establecido en estas normas —Cuarto Convenio y Protocolo 1— cualquier acto de violación cometido individualmente constituye un crimen de guerra. Para el caso de conflictos no internacionales, tanto el artículo 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra, como el artículo 4.2 del Protocolo II, adicional a dichos instrumentos, incorporan la prohibición contra la violación y otros abusos sexuales en la medida que sean el resultado de la comisión de un daño deliberado contra una persona. El CICR ha manifestado que la norma del Protocolo II reafirma y complementa el artículo 3 común, pues era necesario fortalecer la protección de las mujeres, quienes pueden ser víctimas de violación, prostitución forzada u otro tipo de abusos.

El Estatuto del Tribunal Internacional, creado a los efectos de investigar las graves violaciones al derecho internacional humanitario ocurridas en el territorio de la ex

Yugoslavia, en su artículo 5 considera la violación practicada en forma sistemática y masiva como un crimen de lesa humanidad.

[...]

De la letra de la Convención no surge qué debe entenderse por tortura. Sin embargo, en el ámbito interamericano, la determinación de qué actos configuran tortura se encuentra establecida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la que expresa:

[...]

[S]e entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos y mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

[...]

De este modo, para que exista tortura deben conjugarse tres elementos:

1. Que se trate de un acto a través del cual se inflijan a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales.
2. Cometido con un fin.
3. Por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero.

En relación [con el] primer elemento, la Comisión considera que la violación es un abuso físico y mental que se perpetra como resultado de un acto de violencia. [...]

El relator especial contra la tortura ha señalado que la violación es uno de varios métodos de tortura física. Asimismo, se considera que la violación es un método de tortura psicológica pues tiene por objeto, en muchos casos, no sólo humillar a la víctima sino también a su familia o comunidad. En este sentido, el [...] relator especial ha manifestado que —particularmente en Perú— “[...] [l]a violación parecería [...] ser un arma utilizada para castigar, intimidar y humillar” [...]

El segundo elemento establece que un acto para ser tortura debe haberse cometido intencionalmente, es decir, con el fin de producir en la víctima un determinado resultado. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura incluye, entre otros fines, el castigo personal y la intimidación.

Raquel Mejía fue violada con el objeto de castigarla personalmente y de intimidarla. Según surge de su testimonio, el individuo que abusó sexualmente de su persona le manifestó que ella también había sido requerida como subversiva, al igual que su esposo. Le indicó que su nombre estaba en una lista de personas vinculadas al

terrorismo y finalmente, le previno que su amistad con una ex funcionaria del gobierno anterior no le serviría de protección. En la segunda oportunidad, antes de marcharse la amenazó con volver y violarla nuevamente. [...] Raquel Mejía se sintió aterrorizada no sólo por su seguridad sino también por la de su hija, que dormía en la otra habitación, y por la vida de su esposo.

El tercer requisito de la definición de tortura es que el acto debe haber sido perpetrado por un oficial público o por una persona privada a instigación del primero. Según se ha concluido supra, el responsable de las violaciones de Raquel Mejía es un miembro de las fuerzas de seguridad que se hacía acompañar por un número importante de soldados.

Por lo tanto, la Comisión, habiendo establecido que en el presente caso se conjugan los tres elementos de la definición de tortura, concluye que el Estado peruano es responsable de la violación al artículo 5 de la Convención Americana.

[...]

Corte Penal Internacional
Las reglas de procedimiento y prueba³¹
“Disposiciones relativas a diversas etapas del procedimiento”
Capítulo 4, sección I. La prueba

Extractos

Regla 63: Disposiciones generales relativas a la prueba

[...]

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 66, la Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual.

Regla 70: Principios de la prueba en casos de violencia sexual

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

- a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
- c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;

³¹ U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000).

d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

Regla 71: Prueba de otro comportamiento sexual

Teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

Regla 72: Procedimiento a puerta cerrada para considerar la pertinencia o la admisibilidad de pruebas

1. Cuando se tenga la intención de presentar u obtener, incluso mediante el interrogatorio de la víctima o de un testigo, pruebas de que la víctima consintió en el supuesto crimen de violencia sexual denunciado, o pruebas de las palabras, el comportamiento, el silencio o la falta de resistencia de la víctima o de un testigo a que se hace referencia en los apartados a) a d) de la regla 70, se notificará a la Corte y describirán la sustancia de las pruebas que se tenga la intención de presentar u obtener y la pertinencia de las pruebas para las cuestiones que se planteen en la causa.

2. La Sala, al decidir si las pruebas a que se refiere la subregla 1 son pertinentes o admisibles, escuchará a puerta cerrada las opiniones del fiscal, de la defensa, del testigo y de la víctima o su representante legal, de haberlo, y, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 69, tendrá en cuenta si las pruebas tienen suficiente valor probatorio en relación con una cuestión que se plantee en la causa y los perjuicios que puedan suponer. A estos efectos, la Sala tendrá en cuenta el párrafo 3 del artículo 21 y los artículos 67 y 68 y se guiará por los principios enunciados en los apartados a) a d) de la regla 70, especialmente con respecto al interrogatorio de la víctima.

**Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR)
Audiencia pública temática sobre legislación antiterrorista y
violación al debido proceso
Caso N° 3: María Magdalena Monteza Benavides³²**

Problema jurídico

El caso se trae a cuento para mostrar los obstáculos que encuentran las víctimas cuando denuncian a agentes del Estado por violación sexual.

³² Perú, Informe final de la Comisión de Verdad y Reconciliación. Disponible en www.cverdad.org.pe.

Hechos

María Magdalena Monteza Benavides fue detenida por miembros del Departamento de Inteligencia de las Fuerzas Especiales del Ejército del Perú. Fue violada en dos ocasiones diferentes mientras permanecía incomunicada. Fue amenazada de mayores represalias si denunciaba las torturas y la violación. Fruto de las violaciones, dio a luz a una niña. Nunca se abrió proceso penal.

Decisión

La CVR no es un organismo decisorio.

Extractos

María Magdalena Monteza Benavides era una joven de diecinueve años que al momento de su detención estudiaba la carrera de sociología en la Universidad San Martín de Porres y estaba por iniciar sus estudios de educación en la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle. El 30 de octubre de 1992, alrededor del mediodía, Magdalena fue intervenida por dos miembros del Departamento de Inteligencia de la 1ª División de las Fuerzas Especiales del Ejército del Perú vestidos de civil, cuando salía de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle, bajo el cargo de pertenecer y colaborar con una organización subversiva. Su detención se enmarcó en las acciones iniciadas por las fuerzas del orden para detectar la existencia y el uso ilegal de sustancias explosivas, debido al incremento de las acciones terroristas. [...] Cuando Magdalena fue detenida le cubrieron la cabeza con una frazada y la introdujeron en un vehículo particular con destino desconocido. Luego de un trayecto de aproximadamente dos horas, aún con la cabeza cubierta, fue obligada a descender del automóvil y conducida a un edificio donde fue encerrada en una habitación oscura que posteriormente identificó como un baño. [...] Los efectivos militares no se identificaron ante Magdalena ni se le comunicó formalmente el motivo de su detención. [...] Asimismo, la investigación de la CVR concluye que se la mantuvo incomunicada durante los cuatro días que permaneció bajo custodia militar [...]. El mismo día, en horas de la tarde, Magdalena fue sacada de su celda y se le vendaron los ojos para someterla a un interrogatorio. La CVR destaca que Magdalena Monteza fue sometida a interrogatorios sin presencia de un fiscal ni de un abogado, por funcionarios que carecían de facultad legal para realizar una investigación por delito de terrorismo. [...] Según su testimonio, ante su negativa a reconocer los cargos en su contra, fue golpeada y posteriormente sometida a violación sexual por sus captores. Estos mismos actos se habrían repetido durante el día siguiente. [...]

El 3 de noviembre de 1992 —cuatro días después de su detención— fue puesta a disposición de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), donde se autoincurpó de los cargos imputados debido a las amenazas que recibió de los

efectivos militares de tomar represalias contra su familia si denunciaba las torturas y la violación sexual de las cuales había sido víctima.

Magdalena Monteza ha declarado que lo hizo “porque tenía miedo y vergüenza a la vez porque todos ellos eran hombres” [...] Durante la tramitación del proceso seguido en su contra por delito de terrorismo ante el 14° Juzgado Penal de Lima, María Magdalena Monteza Benavides denunció haber sido objeto de torturas físicas y psicológicas, entre las que figura la violación sexual, por parte de miembros del Ejército del Perú.

Esta misma denuncia la hizo ante el Director del Establecimiento Penal de Chorrillos, donde fue recluida como procesada por el delito de terrorismo. El Director informó de los hechos al Ministerio Público, iniciándose una investigación a cargo de la 44 Fiscalía Provincial Penal. Esta Fiscalía se pronunció señalando que se había logrado establecer la comisión del delito denunciado, dado que el Informe Médico correspondiente corroboraba que “la interna agraviada se encuentra embarazada y, que a la fecha como consecuencia de estos hechos, ha procreado un hijo”. Sin embargo, pese a ello, dispuso el archivo provisional de la denuncia en atención a que “[...] no se ha podido identificar plenamente a los presuntos autores del ilícito penal [...] faltaría uno de los elementos de procedibilidad que es la individualización del presunto autor o autores del delito cometido”. Hasta la culminación de la investigación de la CVR, el Ministerio Público no ha realizado ninguna investigación adicional con miras a averiguar la identidad de los presuntos responsables.

Paralelamente, se inició una investigación en el fuero militar por estos hechos a cargo del Fiscal CGP de la 2ª Zona Judicial del Ejército. Por considerar que el fuero privativo militar no era competente para conocer del delito de violación, al no estar expresamente establecido en el Código de Justicia Militar, tales actos fueron calificados como una extralimitación en las funciones de los efectivos militares, por lo que se inició una investigación por la presunta comisión de delito militar de abuso de autoridad. El Juez Instructor emitió su informe final en el cual opinó “que no se encuentra acreditada la responsabilidad penal de personal militar de la Div. FFEE”, fundamentándose en que el dictamen pericial de medicina forense N° 11605/92 no arrojaba ningún resultado relacionado con la violación sexual denunciada.

La Sala del Consejo de Guerra Permanente de la IIª Zona Judicial del Ejército declaró el sobreseimiento de la causa y la elevó en consulta al Consejo Supremo de Justicia Militar, que finalmente confirmó esta decisión el 26 de febrero de 1997. Uno de los puntos centrales para negar la ocurrencia de los hechos de violación sexual fueron los resultados de los diferentes exámenes médicos a los que fue sometida Magdalena Monteza, los cuales señalan la presencia de lesiones y desgarramientos antiguos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Velásquez Rodríguez

Sentencia del 29 de julio de 1988

Problema jurídico

¿Puede surgir responsabilidad internacional de un Estado cuando las violaciones a los derechos humanos fueron causadas por un particular?

Hechos

Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez fue apresado en forma violenta y sin mediar orden judicial de captura por miembros de la Dirección Nacional de Investigación (DNI) y del G-2 de las Fuerzas Armadas de Honduras. Fue torturado y posteriormente desaparecido. La Comisión recomendó a Honduras disponer una investigación completa e imparcial para determinar la autoría de los hechos denunciados y sancionar a los responsables. La Comisión, en resolución 22/86 del 18 de abril de 1986, señaló que

[...] de todos los elementos de juicio que obran en el caso se deduce que el señor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez continúa desaparecido sin que el Gobierno [...] haya ofrecido pruebas concluyentes que permitan establecer que no son verdaderos los hechos denunciados.

Decisión de la Corte

[U]n hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que en principio no resulte imputable directamente a un Estado —por ser obra por ejemplo de un particular, o por no haberse identificado al autor de la transgresión— puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

Extractos

[...]

La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además,

el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos [...]

[...]

Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

[...]

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales [...]

Cuestiones a debatir

Definición de la violación sexual como tortura

En el caso de Raquel Martín de Mejía contra Perú, la Comisión deja claro que, por causar sufrimiento físico y emocional, los abusos sexuales son considerados una forma de tortura cuando los llevan a cabo “miembros de las fuerzas de seguridad, sea como resultado de una práctica concebida desde el Estado o como resultado de la omisión de éste de prevenir la consumación de este crimen”. Además, utiliza la definición de tortura de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, según la cual

[...] se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos y mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o *con cualquier otro fin*.³³

³³ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 2. El destacado es nuestro.

Procedimiento para recoger la prueba en casos de violación sexual como tortura

En el caso de Raquel Martín de Mejía, el Estado peruano no presenta alegatos ni pruebas en su defensa, más allá de señalar que la Comisión ya había conocido del asunto cuando se pronunció sobre la desaparición, tortura y asesinato de Fernando Mejía. Puesto que Perú no aporta pruebas, la Comisión, siguiendo su reglamento interno, asume que los hechos ocurrieron. Además, para confirmar esta suposición, utiliza diversos informes de derechos humanos en los que consta que la violación sexual era una práctica común en la estrategia de represión estatal en el Perú de entonces.

En el caso de “María Elena Loayza de Tamayo contra Perú”, remitido por la Comisión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la víctima reporta que, acusada de pertenecer al grupo Sendero Luminoso, fue detenida ilegalmente y sometida a varias y diversas torturas.³⁴ Entre los hechos denunciados se encuentra la violación y los abusos sexuales reiterados a manos de sus captores, miembros activos de los organismos estatales de seguridad. En este caso, el Estado peruano negó la existencia de la violación: alegó que no había pruebas de que hubiera ocurrido, que la víctima no había denunciado el hecho en su momento y que el examen médico legal que se le había practicado no registraba lesiones concordantes. En la sentencia que ordenó la libertad de María Elena Loayza, la Corte Interamericana concluyó que la violación sexual no había sido probada:

Aun cuando la Comisión alegó en su demanda que la víctima fue violada durante su detención, la Corte, después de analizar el expediente y, dada la naturaleza del hecho, no está en condiciones de darlo por probado. Sin embargo, los otros hechos alegados como la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas [...], constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana. De las alegaciones y pruebas examinadas aparecen elementos graves y convergentes, y no desvirtuados por el Estado, que permiten válidamente presumir la existencia de una práctica de tratos crueles, inhumanos y degradantes en la cual se enmarca el presente caso de la señora María Elena Loayza Tamayo, en violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso María Elena Loayza de Tamayo contra Perú, sentencia del 17 de septiembre de 1997, Series C N° 33.

Responsabilidad del Estado por acciones de particulares y su aplicación a la violación como tortura

En estos casos no hay duda de que las violaciones las cometieron agentes del Estado. Sin embargo, en contextos de represión estatal, en los que actúan grupos paramilitares y grupos guerrilleros, y ambos utilizan indistintamente estas tácticas, la responsabilidad de los hechos no siempre se puede establecer con claridad.

No obstante, existe el precedente de responsabilidad estatal por hechos cometidos por grupos al margen de la ley en el caso “Velásquez Rodríguez”: la responsabilidad del Estado no es sólo la de no violar los derechos —respetarlos—, sino la de adoptar medidas efectivas para su real goce y ejercicio —garantizarlos—, y en especial la de investigar y castigar las violaciones que cometen los particulares de esos derechos.

Preguntas

1. Supongamos que Raquel Martín no es sospechosa de pertenecer a ningún grupo armado, y que no hay motivos para suponer que el militar que la violó lo hizo por motivos diferentes a su propia satisfacción. Es decir, que durante la detención del esposo, decidió violar a la mujer. Si esto fuera así, ¿sería éste un caso de tortura? ¿Le cabría responsabilidad al Estado por violación de los derechos humanos?

2. Compare la definición de tortura de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la definición de la misma contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.³⁵ ¿Los hechos descritos se ajustan a la definición de tortura del sistema de Naciones Unidas? ¿Si no fuera tortura, considera usted que habría responsabilidad estatal por violación de los derechos humanos en el régimen internacional? De ser así, ¿qué derechos, por qué motivos y en qué circunstancias?

3. ¿Considera usted que tiene razón la Corte al decir que “dada la naturaleza del hecho” no está en condiciones de probarlo? Tenga en cuenta los procedi-

³⁵ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, “Artículo 1: 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

mientos establecidos por la Corte Penal Internacional para el levantamiento de la prueba de violencia sexual como delito de lesa humanidad, en particular la no exigencia de corroboración (ver abajo, regla 63.4).

4. ¿La violencia sexual en el caso “Monteza”, en su opinión, se puede o no considerar plenamente probada? ¿En qué se diferencia del caso “Loayza de Tamayo”? ¿Qué podría constituir prueba suficiente en este caso? ¿El embarazo? ¿Qué peso se le puede dar a la palabra de la víctima? ¿Y al peritaje médico?

5. Si en cualquiera de los casos anteriores la violencia sexual hubiera sido cometida por personas que no pudieron ser identificadas plenamente como miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, ¿considera usted que habría responsabilidad estatal? Tenga en cuenta lo establecido por la Comisión Interamericana en el caso de Manfredo Velásquez Rodríguez, “desaparecido” en Honduras por personas no identificadas pero posiblemente vinculadas a un patrón de represión estatal en el marco de la Guerra Fría y la doctrina de seguridad nacional imperante en Centroamérica en la década del ochenta.

6. Revise las afirmaciones de MacKinnon y Zaffaroni al inicio de esta sección y compare la figura de la responsabilidad penal con la de la responsabilidad del Estado. ¿Cuáles son los efectos de una y otra figura en casos como los descritos (Mejía y Monteza)? Con miras a que cesen este tipo de agresiones, ¿cuál sería en su opinión la figura más efectiva? ¿Le resta responsabilidad al Estado el que se adopte un tipo penal específico para la conducta descrita —violación como tortura, por ejemplo—?

II. LA DIFÍCIL CARACTERIZACIÓN O TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Uno de los grandes retos de la técnica legislativa, según la dogmática penal, es la adecuada caracterización o tipificación de la conducta como delictiva. Los elementos consagrados en el tipo deben ser tales que se configure de manera clara en qué casos específicos se da la responsabilidad penal, y además deben ser lo suficientemente objetivos como para minimizar la discrecionalidad estatal al aplicar la norma penal. Con ello se busca garantizar el Estado de derecho, “un gobierno de leyes y no de hombres”.

Un principio del derecho penal moderno, además, contempla que la responsabilidad penal debe tener como elemento central la intención de cometer la conducta delictiva, es decir, el dolo. Sólo en algunos casos, por ser de especial gravedad, se castiga el comportamiento objetivo sin tener en cuenta la intención; incluso entonces, cuando el delito se castiga en su modalidad culposa, o sin intención de cometerlo, la pena es menor que cuando se tiene la intención de cometer el acto, cuando se actúa con dolo.

La importancia de esta excepción de la responsabilidad objetiva en materia penal repercute en las pretensiones feministas de incorporar la experiencia femenina a las normas penales. Puesto que la violencia contra las mujeres es un caso de ocurrencia común, que se sustenta en una cultura milenaria que la condona, resulta que “la intención” del agresor es la de ejercer unas prerrogativas a las que, a su modo de ver, tiene derecho. En su conciencia, su intención no es causar un daño sino exigir unos derechos. Esto puede llevar a calificar su actitud de culposa antes que de dolosa. Por esta razón es muy difícil lograr que el derecho penal la castigue sin incurrir precisamente en la tipificación de conductas de responsabilidad objetiva.

Un ejemplo. Una persona empuja a otra en un acceso de ira, y como consecuencia de la caída la víctima se rompe un brazo. En términos tradicionales, el delito consiste en empujar al otro con ira, causándole un daño reparable. Así lo ve el agresor, ciertamente, y el sistema penal. Sin embargo, cuando el incidente ocurre en el contexto de una relación afectiva, el impacto en la víctima es muy diferente a cuando ocurre entre desconocidos. La persona que es golpeada por su pareja queda atemorizada; si permanece en la relación, que es lo común, ese temor la va situando en una posición subordinada en la que acepta todo tipo de humillaciones y termina creyendo que las merece. El agresor, inmerso en una cultura machista en la que ese efecto no es cosa anormal, juzga el incidente con la misma mirada con la que vería una riña: en un momento dado perdió el control y causó un daño reparable. Es probable que no relacione el incidente con sus constantes humillaciones y exigencias a su pareja, o que considera que ella también tiene su parte por no cumplir adecuadamente con su supuesto rol social: cocinar mal, por ejemplo, negarse al sexo, no cuidar a los hijos o la casa como a él le gusta.

Volvamos entonces a los elementos del tipo penal. La dogmática exige que haya dolo y que el incidente se ajuste a una conducta tipificada, esto es, que el agresor haya tenido la intención de romper el brazo de la otra persona o prever que algo así sucedería. El agresor se excusa alegando que no tuvo la intención de hacerlo. Por eso el punto de vista del derecho penal termina siendo igual al del agresor, es decir, que lo que sucedió no fue grave. Una cuestión tan nimia como si hubiera ocurrido en una riña callejera.

¿Cómo lograr que el sistema penal evalúe el hecho desde el punto de vista de la víctima sin cambiar la estructura del derecho penal y volverlo de responsabilidad objetiva, es decir, dejando de lado la intención del agresor?

A continuación se examinan dos casos en los que la dogmática tradicional dificulta la protección de las mujeres. El primer caso es el del consentimiento en la violación sexual. Tradicionalmente la violación sexual se tipifica como la penetración sexual por medio del uso de la fuerza o la amenaza de hacer uso de

ella, y la dogmática penal lo interpreta desde el punto de vista del acusado: ¿era razonable suponer que esta persona sabía que el encuentro sexual era producto del uso de la fuerza o de la amenaza?

El segundo caso es el de la legítima defensa de una mujer golpeada. Si en un episodio de abuso, o entre un episodio y otro, la mujer asesina a su agresor, por lo general no cumple con los requisitos de excepcionalidad que definen la legítima defensa: no tenía otra alternativa —desde un punto de vista masculino—. Para el derecho penal esto implica que cualquier persona razonable, en esas circunstancias, pensaría que no tiene otra alternativa que defenderse violentamente; sólo que la idea que el derecho penal tiene de una persona razonable es masculina, y no incluye la percepción de quien por años ha sido maltratado y perseguido por el agresor.

Las reformas penales, por lo tanto, se enfrentan con dificultades que superan con creces los tibios remiendos a ciertos artículos e incisos. Implican enfrentarse a una tradición jurídica que, casi desde su concepción como derecho moderno, ha excluido a las mujeres tanto en el papel de agresoras como en el de víctimas, y por lo tanto tiene un *modus operandi*, unos principios, unas técnicas legislativas, una forma de comprender los derechos y un prototipo de ser humano razonable que no se compadece de la situación femenina, o lo hace con dificultad.

A. PRIMER PROBLEMA: CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA DE VIOLACIÓN SEXUAL

La tipificación del delito de violación está supeditada a la ausencia de consentimiento y se define precisamente como las relaciones sexuales no consentidas. El tema del consentimiento es entonces la pieza central del juicio cuando está en duda, cosa que sucede si no hay pruebas adicionales al dicho de la víctima. Esto es muy frecuente por la dificultad de probar la fuerza en la violación, y hace que sólo se judicialicen con fluidez los casos en los que además de falta de consentimiento hay una severa violencia física y un peritaje que lo demuestra. Si la fuerza fue moral, o si no dejó secuelas físicas, entonces la defensa alega que hubo consentimiento aunque la víctima lo niega. El sistema penal ha tendido a confiar en la palabra del agresor, y a dudar de la de la víctima.

Pero el sexismo del sistema penal va más allá de poner en duda la palabra de la víctima. Las normas sobre los delitos sexuales reflejan los valores que sobre las mujeres y la sexualidad, tanto en su tipificación como en su penalización, han sido dominantes históricamente. El coito, por ejemplo, se privilegiaba como la única forma de violación; la víctima sólo podía ser una mujer y ésta, en muchos casos, era definida como mujer “honesta” o virgen. Las penas eran bajas, en ciertos casos la ley alentaba el avenimiento entre la víctima y el agresor, e incluso

llegaba a considerar que el matrimonio posterior de la víctima con su agresor o con uno de ellos eximía la pena. En general se tendía a presumir el consentimiento en estos casos, y no en otros delitos en los que el hecho de que la víctima alegara falta de consentimiento solía tomarse como prueba suficiente.

Varios grupos de mujeres y redes feministas internacionales impulsaron en la década de los años noventa una serie de reformas de los códigos penales y de procedimiento penal para derogar total o parcialmente las disposiciones discriminatorias de los delitos sexuales, y reemplazarlas por normas en las que las penas son mayores y la discriminación contra las mujeres es reducida o eliminada. El efecto acumulativo de estas reformas pone en entredicho la tradicional presunción implícita del consentimiento.³⁶

³⁶ Con algunas excepciones, los logros de las reformas son los siguientes: 1. *El cambio del bien jurídico tutelado* que elimina la antigua concepción según la cual el daño causado por la violación sexual era un daño a la moralidad, y un daño menor. Hoy, en cambio, se trata de delitos contra la libertad sexual, la integridad sexual, física o psíquica, la formación o desarrollo sexual, y señala un cambio en los valores sociales. 2. *La ampliación del tipo penal* de violación para incluir conductas diferentes al coito. El cambio consistió en ampliar la definición de acceso carnal para incluir otras formas de penetración, como la penetración anal y con objetos (ver, por ejemplo, Argentina, Código penal, artículo 119; Brasil, Código penal, artículo 213; Bolivia, Código penal, artículo 308; Chile, Código penal, artículo 361; Colombia, Código penal, artículo 205; Costa Rica, Código penal, artículo 156; Cuba, Código penal, artículo 298; Ecuador, Código penal, artículo 512; Honduras, Código penal, artículo 140; México D.F., Código penal, artículo 260; Perú, Código penal, artículo 170; República Dominicana, Código penal, artículo 331; Venezuela, Código penal, artículo 375). 3. *La eliminación de la exención de la pena por matrimonio posterior*, que sólo lo conserva el Código penal de Venezuela para el delito de violación, y los de Bolivia y Honduras para el delito de rapto (ver Venezuela, Código penal, artículo 395; Bolivia, Código penal, artículo 317; y Honduras, Código penal, artículo 151). Además, en algunos códigos como el chileno y el dominicano es explícito que la violación sexual dentro del matrimonio también es considerada delito (ver Chile, ley 19617 de 1999, artículo 5; Colombia, Código penal, artículo 211; Venezuela, Código penal, artículo 376; México D.F., Código penal, artículo 265; República Dominicana, Código penal, artículo 332). En Colombia y Venezuela es un agravante de la violación el que se cometa contra la pareja o en “abuso de las relaciones domésticas”, pero en Venezuela es querrelable mientras que en Colombia no (ver Colombia, Código penal, artículo 211; Venezuela, Código penal, artículo 375). 4. *La eliminación de la discriminación en la descripción del sujeto pasivo del delito* que ahora debe ser una persona; antes debía ser una mujer, y en muchos casos una mujer “honesta”. 5. *El aumento de las penas*. En la dosimetría de la pena, es decir, en el castigo que se le da a estos delitos, hay variaciones importantes de país en país. La violación sexual en Cuba, por ejemplo, recibe de cuatro a diez años de prisión; en Perú de cuatro a ocho y en Venezuela de cinco a diez años. En Costa Rica y en República Dominicana, sin embargo, la pena mínima es de diez años y en Honduras es de nueve, de manera que la pena máxima en algunos países es menor que la mínima en otros. Además, hay diferencias en la gravedad relativa de los delitos: una misma conducta, dependiendo del país, no siempre reviste igual gravedad. Así, por ejemplo, algunas legislaciones consideran que el sexo con alguien incapaz de oponer resistencia es un delito especialmente atroz. En este caso, por ejemplo, Perú da una pena de veinte a veinticinco años, mientras que la violación por la fuerza tiene una pena de cuatro a ocho años. En cambio, en

Sin embargo, las reformas legales no producen una transformación inmediata de la cultura jurídica de los operadores de la ley ni de la conciencia que la población en general tiene de los derechos. A menudo esta cultura se refleja en asuntos técnicos en los que aplica la discrecionalidad del funcionario judicial, como la práctica y apreciación de pruebas, la dosimetría penal, las audiencias de avenimiento e incluso la decisión de si se abre o no una investigación. El caso del tribunal chileno que se estudia a continuación es un buen ejemplo de la transición que se espera lograr en la dogmática: según la mayoría, la ausencia de consentimiento es clara a pesar de tratarse de una relación marital; el salvamento de voto, por el contrario, refleja la posición antigua.

Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago de Chile

G.T.C. contra O.M.L.S.

RUC: 0500289837-5 RIT: 17-2000

25 de abril de 2006

Problema jurídico

¿Cuando la esposa accede a la relación sexual por temor a una violencia mayor, se puede hablar de consentimiento?

Hechos

En un contexto de violencia conyugal, el esposo se pone agresivo y su esposa intenta apaciguarlo besándolo. El esposo la obliga a tener sexo vaginal y la amenaza con hacerle sexo anal en caso de que se resista. Ella le ruega que se detenga, llora, le pide que acabe rápido y que no le haga más daño.

otros países como Argentina, ambos delitos reciben una pena igual. 6. *La introducción de las relaciones de poder, dependencia o parentesco como agravantes y en ocasiones por la transmisión de enfermedades de transmisión sexual o por el embarazo.* 7. *La designación de la violación como delito de acción pública* eliminando el requisito de la denuncia o querrela de la víctima para que proceda la investigación del delito. A pesar de que las reformas a la ley penal son relativamente homogéneas en los temas críticos, aún conservan rezagos de las normas anteriores. Por ejemplo, si bien la mayoría de los códigos eliminó la referencia al honor de la mujer, e incluso a la mujer como sujeto pasivo de los delitos sexuales, a menudo mantienen el delito de rapto, que es una forma de secuestro que se comete con fines eróticos. En las referencias a este delito, además, a veces se conservan alusiones a la virginidad femenina (ver los códigos penales de Argentina, artículo 130; Bolivia, artículos 313 y 314; Honduras, artículo 144; Brasil, artículo 219; Costa Rica, artículos 163, 164, 165 y 166; Venezuela, artículos 384, 385 y 386). Si bien hay variaciones de país en país, la estructura básica es la misma: se trata de un secuestro motivado por fines lascivos. En Ecuador, el rapto es delito contra cualquier persona si se hace sin su consentimiento, pero si ésta consiente no es delito, a menos que se trate de una niña entre los 16 y los 18 años (Ecuador, Código penal, artículos 529 a 532). En México D.F. el equivalente del rapto es el delito de la privación de la libertad con fines sexuales (Código penal, artículo 162).

Decisión del Tribunal

No hay consentimiento porque actuó bajo intimidación.

Los hechos acreditados en este juicio constituyen una agresión sexual que puede ser definida primordialmente como un acto de violencia, en donde el sexo es el instrumento del agresor, pero la motivación es el deseo de humillar, controlar y dominar a su víctima.

Salvamento de voto

[...] tratándose de una relación entre cónyuges, la resistencia a la relación debe realizarse en términos completamente explícitos, de manera que no le queden dudas al otro de los cónyuges de la negativa al acceso.

Extractos

[...]

Que el día 9 de julio de 2005, en horas de la madrugada, en el domicilio ubicado en calle N° 1652, comuna de Quinta Normal, y su cónyuge doña, tuvieron una discusión debido a que ésta rechazó una argolla de matrimonio que aquél le entregó como regalo de cumpleaños;

[...]

Que la molestia del acusado se tradujo en un “pataleo” que consistió en expresiones tales como que “ya no era una mujer”, que “no hacía nada motivante” y “que podía ser el hombre más malo de este mundo”, lo que motivó que la víctima lo besara [sic] en su boca y cuerpo hasta la altura de su pelvis con la intención de calmarlo, actuar que el acusado rechazó por estimar que su cónyuge, como otras veces, hacía esto sólo para tranquilizarlo, sin que existiera amor;

[...]

Que, en este contexto, el imputado quitó de encima a su mujer, le arrancó el sostén, muy molestó se subió sobre ella y le dijo que la penetraría por todas las partes, sujetándola de sus manos, para posteriormente penetrarla sin su consentimiento, con su pene por vía vaginal, mientras que ella lloraba a la vez que le pedía que se quitara de encima y que no le hiciera nada más, sin éxito, ya que su cónyuge siguió penetrándola, hasta eyacular dentro de la vagina.

[...]

Que los hechos antes relatados acaecieron dentro del contexto crónico de violencia intrafamiliar, caracterizado por el sometimiento de la ofendida a los requerimientos de su cónyuge según los testimonios de la propia víctima, de los peritos psiquiatras y psicólogos rendidos en juicio de acuerdo a sus apreciaciones clínicas observadas en su labor cotidiana.

[...]

[L]a psicóloga [...] explica que en un contexto de violencia conyugal crónica, la agresión sexual denunciada es descrita como “la más fuerte”, pero no la única. Respecto a la existencia de violencia conyugal permanente ejercida por el cónyuge, la señora Guillermina presenta rasgos que resultan concordantes con el daño psicológico y emocional sufrido por mujeres que viven en esa situación, y en el caso concreto de la ofendida descarta la existencia de alguna alteración en el juicio de realidad. Sobre la vivencia del hecho traumático de una agresión sexual, observó la aparición de síntomas angustiosos y depresivos. En lo relativo a lo angustioso se distinguen miedo de carácter paralizante e inhibitorio, expectación ansiosa o sensación de que algo peor va a ocurrir, temores no especificados. En cuanto a la sintomatología depresiva se observan dificultades para dormir, disminución de la ingesta alimentaria, tristeza, desesperanza e ideación suicida leve, llegando a la conclusión de que la señora Guillermina presenta un funcionamiento psicológico y una constelación sintomática que es concordante con la ocurrencia de violencia conyugal crónica, física y psicológica, siendo posible confirmar la ocurrencia de una agresión sexual en el contexto de su relación de pareja. Dicha agresión constituye un agravamiento de la situación de violencia crónica y adquiere el valor de ser un evento que destaca en la norma de las experiencias vitales de la ofendida y que la lleva a denunciar el hecho. Este forzamiento sexual, en lo concreto, se tradujo en amenazas que para la ofendida eran reales, evidentes, atendida su experiencia de violencia crónica, tales como decirle que “ahora voy a ser muy malo”, amenazas de daño a ella y a los hijos, mientras que la contención física se manifestó en sostenerle las manos con fuerza; que estos asertos son ratificados por los otros peritos que declararon en el juicio [...]

Relevante fueron también para estos sentenciadores los dichos de la hermana de la víctima, doña Rosa [...] y de su amigo Juan [...], los que impresionaron como veraces, ilustrados e imparciales, y que permiten ratificar lo concluido por los peritos en sus informes, en orden a que la ofendida durante sus años de matrimonio con el acusado experimentó un retraimiento y anulación en su personalidad, y su sometimiento a un cuadro crónico de violencia intrafamiliar [...]

[...]

Que los hechos establecidos en el considerando anterior son constitutivos del delito de violación de una persona mayor de catorce años de edad, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 361 N° 1 del Código penal [...]

Esta intimidación se identifica, en los términos expuestos por don Luis Rodríguez Collao, en su obra *Delitos sexuales*, con los “actos de violencia moral” mediante los cuales se da a conocer a la víctima la realidad inminente del daño a que se verá expuesta en caso de no acceder a los requerimientos del agresor, provocando en ella un estado de “conmoción psicológica” que puede provenir, ya sea de un hecho

anterior que el agresor simplemente aprovecha; de la sola presencia del agresor; de su apariencia física o de los antecedentes suyos que fueren conocidos por la víctima, como de comportamientos vejatorios de que ésta fue objeto anteriormente de parte del mismo agresor. Asimismo, para determinar si concurre o no este elemento, resulta indispensable tomar en consideración las circunstancias personales del agresor y de la víctima; en especial, el grado de impresionabilidad de esta última. En otras palabras, no interesa tanto la magnitud objetiva del estímulo que hubiere provocado el temor o el amedrentamiento del sujeto pasivo, como su capacidad de reacción frente al mismo.

[...]

El bien jurídico protegido por la figura típica de la violación es la libertad sexual, de manera que la pregunta clave para resolver la calificación está en el consentimiento de [..] Más allá de toda duda razonable se llegó a la convicción de que no hubo consentimiento en la relación sexual, de hecho la víctima imploró que se detuviera, aun cuando lo dijera en voz baja, ya que tal conducta se explica por el deseo de ocultar tal acción a sus hijos que estaban acostados a escasos metros. Las amenazas proferidas por el imputado antes y durante la relación sexual de “poder si quería ser el hombre más malo de este mundo” y de “que iba a metérselo por todas partes”, se estiman como suficiente intimidación de acuerdo con los rasgos de sometimiento y personalidad de la víctima y del imputado que se arrastraban desde varios años a la fecha, no pudiendo considerar la existencia del error en la conducta del sujeto activo por cuanto los códigos interrelacionales de la pareja en la intimidad, luego de doce años de convivencia, no pueden sino conocerse por el imputado, máxime si así mismo lo determinó momentos antes cuando reprochó que la actividad sexual iniciada por su mujer no era auténtica. Los hechos acreditados en este juicio constituyen una agresión sexual que puede ser definida primordialmente como un acto de violencia, en donde el sexo es el instrumento del agresor, pero la motivación es el deseo de humillar, controlar y dominar a su víctima.

[...]

Voto en contra del magistrado Mauricio Olave Astorga, quien estuvo por absolver al acusado tanto de la acusación criminal como de la demanda civil en su contra por los siguientes argumentos:

[...]

Que lo primero que ha de tenerse en cuenta en este juicio es el hecho de que en él no se está juzgando la historia de agresiones que ha relatado la víctima, corroborada por el resto de la prueba aportada en la audiencia, sino que lo que se debe determinar es si efectivamente el acceso carnal vaginal ocurrido el día de los hechos fue realizado por medio de la fuerza o bien la intimidación.

[...]

La víctima del delito expresó que ella primeramente y en el marco de una discusión con su marido, se montó en él y comenzó a besarle en su boca para tranquilizarlo, agregando además que le intentó realizar sexo oral, cuestión que el acusado rechazó, para acto seguido volcarse encima de ella y penetrarla sujetándola de sus muñecas, al tiempo que le manifestaba que se lo haría por todos lados, hecho que ella no deseaba, y que por tanto le requería, alternadamente, que se detuviera y que terminara el acceso vaginal de manera rápida. Relato al cual deben agregarse las respuestas dadas a las preguntas aclaratorias de los jueces que conformamos el tribunal, en la cual afirmó la ofendida que su temor era que se le hiciese sexo anal, cuestión que en definitiva no ocurrió.

[...]

Así las cosas, no pueden descartarse a priori las argumentaciones de la defensa en términos que lo que existió fue nada más que una relación sexual marital, esto porque, tal y como lo plantea la defensa tratándose de una relación entre cónyuges, la resistencia a la relación debe realizarse en términos completamente explícitos, de manera que no le queden dudas al otro de los cónyuges de la negativa al acceso, ello a fin de evitar que el actor se confunda con la actitud volátil de la presunta ofendida [...].

[...]

Que en lo pertinente a la supuesta violencia ejercida sobre la ofendida, debe sostenerse que toda actividad sexual normal implica la aplicación de un grado de fuerza y por tanto ha de descartarse la existencia de este elemento, máxime si el propio perito del servicio médico legal, que revisó con acuciosidad a la ofendida al día siguiente del hecho denunciado, manifestó que ésta no mostraba signos de violencia en su cuerpo, en especial en sus muñecas, lugar donde la víctima refiere haber sido tomada a la fuerza por su cónyuge [...]

Corte Constitucional de Colombia **T-453 de 2005**

Problema jurídico

¿La admisión de pruebas relativas al comportamiento sexual o social previo de una víctima de un delito sexual es una medida razonable, necesaria y proporcional como mecanismo para garantizar la defensa del procesado?

Hechos

Se reclama la inconstitucionalidad de la inclusión de pruebas destinadas a demostrar en un proceso penal un comportamiento de la víctima del que supuestamente sería posible inferir su consentimiento para sostener una relación sexual con el imputado.

Decisión de la Corte

Las víctimas de delitos sexuales tienen el derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como en principio ocurre cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan.

Extractos

[...]

En general, la admisión y práctica de pruebas en el proceso penal está librada a la apreciación racional que haga el funcionario responsable de la investigación penal sobre su potencialidad para aclarar lo ocurrido y la responsabilidad de los implicados. Sin embargo, ese ejercicio discrecional debe enmarcarse tanto dentro de los principios constitucionales del debido proceso, de la presunción de inocencia y de la imparcialidad y del derecho de defensa, como del respeto de la dignidad, la integridad y la intimidad de las víctimas.

[...]

La Corte Constitucional ha establecido que el juez o el fiscal vulneran el derecho de defensa y desconocen el principio de investigación integral en aquellos casos en los cuales dejan de solicitar o practicar, sin una justificación objetiva y razonable, pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa. Pero también ha reconocido que se desconoce la finalidad de establecer la verdad cuando omite tener en cuenta los derechos de las víctimas.

Aun cuando normalmente en el ámbito del derecho penal, el cuestionamiento de la ilegalidad de las pruebas está asociado a pruebas que desconocen los derechos del procesado, tal cuestionamiento también puede surgir por afectación de los derechos de la víctima. La finalidad múltiple que cumple el proceso penal y la necesidad de asegurar los fines de la justicia y garantizar los derechos de las víctimas del delito no excluye la posibilidad de que la parte civil pueda objetar la admisión y práctica de pruebas que desconozcan el debido proceso o que vulneren sus derechos fundamentales, en particular su derecho a la intimidad.

[...]

Aun cuando el derecho a la intimidad, tal como lo consagra el artículo 15 constitucional, comprende varias manifestaciones, para efectos del presente caso resulta relevante examinar sólo algunas de ellas.

[...]

En el caso bajo estudio es preciso determinar si la introducción de una prueba relativa al comportamiento sexual o social previo de una víctima de un delito sexual resulta razonable y proporcional como mecanismo para garantizar la defensa del procesado. La evaluación de la limitación del derecho a la intimidad en este contexto

ha de realizarse en cuatro pasos. En primer lugar, se analizará el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, se examinará si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y en tercer lugar, se estudiará la relación entre el medio y el fin, aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado.

La intensidad del juicio de razonabilidad depende de la relevancia constitucional de los valores en juego. En el caso bajo estudio, dado que se trata la colisión entre el derecho de defensa del procesado y el derecho a la intimidad de la víctima, para permitir un examen del comportamiento social y sexual de la víctima con anterioridad a los hechos que se investigan o juzgan, el fin que justifica una intromisión de esa dimensión en la vida íntima de la víctima debe ser imperioso, pues sólo la búsqueda de un fin de tal magnitud y trascendencia haría razonable limitar el derecho constitucional a la intimidad de las víctimas de delitos sexuales.

En principio, dicho examen sólo cabría si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si como consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente el derecho de defensa del procesado, por ejemplo, porque un examen de la vida íntima común y anterior de la víctima y del acusado permitiría demostrar que hubo consentimiento. Por lo tanto, si la intromisión en la vida íntima de la víctima sólo está orientada a deducir un supuesto consentimiento a partir de inferencias basadas en relaciones privadas anteriores o posteriores y distintas de la investigada, tal intromisión no responde a un fin imperioso, y por lo tanto, debe ser rechazada. Lo que sí es constitucionalmente admisible es que se investiguen las circunstancias en que se realizó el acto sexual objeto de la denuncia. De tal manera que a la luz del derecho constitucional experiencias íntimas separadas del acto investigado están *prima facie* protegidas frente a intervenciones irrazonables o desproporcionadas.

[...]

El tercer paso del juicio de razonabilidad consiste en establecer si el medio es necesario para alcanzar el fin propuesto. En efecto, no basta con que el fin buscado sea imperioso y que el medio no esté prohibido. Para justificar constitucionalmente la limitación de derechos fundamentales como los que se encuentran en juego, se requiere que el medio sea necesario para alcanzar el fin. En ese sentido, si la prueba del consentimiento de la víctima se puede obtener sin invadir la esfera privada de la víctima, o mediante una restricción menos gravosa que la solicitada, la prueba pedida resulta innecesaria y deberá negarse su práctica. Igualmente, una indagación general sobre la vida de la víctima, no relativa a hechos específicos y directamente relacionados con el caso que se investiga, o indeterminada en el tiempo, resulta desproporcionada, pues no existe una clara relación de medio-fin que justifique su práctica.

Finalmente, como en estos casos se invade la órbita privada de una persona después que ha sido víctima de actos lesivos de su dignidad y autonomía, es preciso analizar el cumplimiento de la proporcionalidad en sentido estricto, o sea, se estudiará el grado de afectación de la intimidad, de un lado, y el nivel de efectividad del derecho de defensa, del otro, para determinar si se presenta una desproporción en desmedro del derecho a la intimidad de la víctima.

Cuando las pruebas solicitadas relativas a la vida íntima de la víctima no cumplen con estos requisitos, y se ordena su práctica, se violan tanto el derecho a la intimidad como el debido proceso de las víctimas, pues la investigación penal no se orienta a la búsqueda de la verdad y al logro de la justicia, sino que se transforma en un juicio de la conducta de la víctima, que desconoce su dignidad y hace prevalecer un prejuicio implícito sobre las condiciones morales y personales de la víctima como justificación para la violación. Cuando la investigación penal adquiere estas características, la búsqueda de la verdad se cumple de manera puramente formal, totalmente ajena a la realización de las finalidades del proceso penal, y por lo tanto violatoria de los derechos de la víctima y, por consecuencia, del debido proceso.

[...]

De lo anterior se concluye que las víctimas de delitos sexuales tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión.

[...]

Cuestiones a debatir

Primera cuestión a debatir: consentimiento y resistencia física

Uno de los problemas más comunes que enfrenta el juez en la apreciación de la prueba es la valoración del dictamen de medicina forense cuando no aparecen lesiones físicas o son mínimas. Es el caso de la sentencia anterior de violación conyugal: el salvamento de voto asume la postura tradicional de que la ausencia de lesiones justifica la duda inmediata sobre la existencia de la fuerza y por consiguiente de la ausencia de consentimiento, máxime cuando el reo alega que la relación fue consensuada, y el caso aparentemente depende de la credibilidad del dicho de la víctima.

Segunda cuestión a debatir: el débito conyugal

El tema de la violación conyugal se enfrenta además con la vigencia de una concepción tradicional según la cual la mujer no puede negarle a su marido el acceso sexual. Según esa concepción, éste hace parte del “débito conyugal”. En esencia, las parejas tienen el deber de satisfacer las necesidades sexuales mutuas; su incumplimiento, en la legislación civil, es causal de divorcio. Si bien la figura no implica que con el matrimonio se pierde la libertad sexual, tradicionalmente se ha usado el término para significar que la esposa debe someterse a la relación sexual incluso cuando no lo desea. Es la idea patriarcal de que el marido es el propietario del cuerpo de la mujer, de que a cambio de proveerle a ella el sustento, puede disponer de su cuerpo a su antojo. Esta idea también sustenta la antigua exculpación del delito de violación cuando la víctima y el agresor se casan con posterioridad al hecho, con la presunción de que entre personas casadas no puede haber una violación.

Sin embargo, el tipo penal de violación no distingue si las personas están casadas o no, pues el elemento que constituye el delito es la falta de consentimiento o el uso de la fuerza. No obstante, no ha bastado para aclarar que la violación sexual puede ocurrir en la pareja, y por ello el movimiento feminista ha promovido reformas que incluyan de manera expresa la violación conyugal como un tipo de violación sexual, o que la incluyan como agravante de los delitos sexuales.³⁷

Otro ejemplo del tipo de razonamiento de las feministas lo da la Corte Constitucional de Colombia, cuando en 1997 declara inconstitucional una norma que daba una pena menor a la violación conyugal comparada con los otros tipos de violación. La Corte consideró:

La libertad sexual del cónyuge no puede considerarse disminuida por el hecho del matrimonio, pues de lo contrario se estaría en presencia de una forma de servidumbre, proscrita por la Constitución. Con el matrimonio se adquieren deberes civiles, pero no se enajena la persona. Por tanto, la conducta del agresor es tan injusta cuando la violencia sexual se ejerce sobre su cónyuge como cuando la víctima es un particular. El bien jurídico protegido con la sanción de los delitos de acceso y acto carnal violentos es la libertad sexual y la dignidad de la personas; tales bienes

³⁷ Algunos códigos estipulan, en forma explícita, que la violación sexual dentro del matrimonio también es considerada delito: Chile, ley 19617 de 1999, artículo 5; Colombia, Código penal, artículo 211; Venezuela, Código penal, artículo 376; México D.F., Código penal, artículo 265; República Dominicana, Código penal, artículo 332. El Código penal de México D.F., en su artículo 265, dice de manera explícita que la violación de la esposa o concubina tiene la misma pena que el delito de violación, pero agrega que en estos casos sólo se procede por querrela.

jurídicos no pueden entenderse disminuidos por la existencia de un vínculo matrimonial, de hecho o por el simple conocimiento sexual anterior.³⁸

Tercera cuestión a debatir: el pasado sexual de la víctima como prueba del consentimiento

Ante la ausencia de rastros físicos concluyentes de que la relación sexual fue forzada, los tribunales deben acudir a otro tipo de pruebas y de apreciación de la prueba; lo mismo los abogados de las partes. Uno de los debates más importantes sobre este tema ha surgido en relación con la importancia del pasado sexual de la víctima con miras a determinar si hubo o no consentimiento. En las últimas décadas, incluso antes de las reformas penales, algunas cortes supremas latinoamericanas insistían en que la prueba relativa al pasado sexual de la víctima no era relevante.³⁹ En varias sentencias se advierte a las cortes inferiores, que siguen solicitando y admitiendo este tipo de pruebas, que de nada sirven para determinar la existencia o no de un delito, o la culpabilidad o inocencia del reo. Recientemente, la Corte Constitucional de Colombia fue más allá; declaró que la prueba del pasado sexual violaba el derecho a la intimidad. El caso reseñado atrás se refiere a una muchacha que alegaba haber sido violada por un conocido luego de que éste le suministrara drogas en un bar. La defensa quería traer como prueba el hecho de que la víctima había tenido relaciones sexuales con

³⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-285/97.

³⁹ Ver, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, rad 10672, 18 de septiembre de 1997. En este caso, el *a quo* consideró que era información relevante para determinar la inocencia de los acusados el hecho de que fueran personas conocidas de la víctima y que ésta hubiera aceptado tomar licor y acompañarlos inicialmente al apartamento de uno de ellos. Además, en el proceso se aceptaron pruebas que alegaban que la víctima y su madre se dedicaban a la prostitución. La Corte Suprema estableció que el hecho de que los agresores fueran conocidos de la víctima, y de que ésta los hubiera acompañado a su apartamento no eran factores relevantes para determinar si había habido o no uso de la fuerza. Y en cuanto al pasado sexual de la víctima, la Corte sostuvo además que era de elemental conocimiento jurídico que “el argüido *modus vivendi* en nada incide de suyo en la libertad para disponer de la sexualidad. Es decir que por más prostituta que sea una persona su libertad debe ser respetada, so pena de que el Estado, a través de su aparato judicial, castigue ese irrespeto que él mismo (por conducto del legislador) ha elevado al grado de delito”. La Corte Suprema de México, en varios casos, ha fallado en forma similar a la Corte Suprema de Colombia. Ambas han dejado establecido que el pasado sexual de la víctima es irrelevante. La Corte Suprema de México ha dicho: “La conducta anterior de la víctima es irrelevante, porque se presume adecuada a las normas sociales mientras no se demuestre lo contrario, y segundo, incluso si se hubiere adoptado antes de los hechos una ‘conducta provocativa’ o que inclusive fuera de ‘mala reputación’ esto no desvirtúa la responsabilidad penal del quejoso”. Octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial*, Tomo XI, febrero, p. 343. Amparo directo 543/92, 24 de noviembre de 1992.

el novio anterior. La Corte estableció que las pruebas sobre el pasado sexual de la víctima eran inadmisibles *prima facie*.⁴⁰

Preguntas

1. ¿Considera usted que en el caso anterior se violó el garantismo del derecho penal al fallar en contra del acusado sin que existieran pruebas suficientes de su culpabilidad?

2. ¿En casos de violencia sexual se le debería otorgar al testimonio de la víctima un peso especial? Considere si se podrían aplicar en este caso las reglas de prueba adoptadas por la Corte Penal Internacional y reseñadas en el caso anterior.

3. ¿Es compatible la noción de débito conyugal con una visión contemporánea de los derechos humanos? ¿Por qué?

4. Partiendo del criterio de que la violación del cónyuge traiciona la confianza y el respeto debido a la pareja, además de otros bienes jurídicos, se propone tomar este tipo de delito como un agravante del delito de violación sexual. ¿Qué opina de esta propuesta?

5. Estudie la decisión de la Corte Constitucional de Colombia T-453 citada arriba y considere si restringe la independencia y la discrecionalidad del juez.

6. Analice la relación entre la normatividad penal y el ámbito de aplicación directa de los derechos constitucionales. ¿Si la inadmisibilidad estuviera consagrada en una ley penal y no por vía del derecho constitucional, su respuesta sería diferente? ¿Por qué?

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA VIOLENCIA COMO CRITERIO PARA EVALUAR LA LEGÍTIMA DEFENSA

La legislación y la dogmática latinoamericanas, en relación con la justificación de legítima defensa, revelan, a pesar de su pretendido cientificismo, una importante carga valorativa.⁴¹ La legítima defensa justifica la actuación delictiva a partir de la existencia de criterios objetivos que demuestran que se actuó en defensa propia o de sus derechos. Salvo algunos detalles de técnica legislativa y de sistematización, los códigos penales de Argentina, Chile y Perú exigen los siguientes presupuestos objetivos para que la legítima defensa se configure

⁴⁰ Ver nota 38.

⁴¹ Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1989, pp. 85 y ss., y 103 y ss.

como justificante: a) una agresión ilegítima; b) la necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla; c) la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.⁴² El Código penal colombiano estipula un recaudo legal para la agresión —que por ley debe ser injusta, actual e inminente—, establece que la defensa debe ser proporcionada y omite la referencia a la falta de provocación suficiente.⁴³ Por su parte, el Código penal para el Distrito Federal en México establece, en cuanto a la agresión, que además de ser actual e inminente, debe ser real y sin derecho, y respecto de la provocación, que debe ser dolosa, suficiente e inmediata.⁴⁴

Esta tipificación, de algún modo, favorece la interferencia de criterios discriminatorios respecto de las mujeres que se defienden de la violencia doméstica que le inflige su pareja. En cuanto al primer requisito, la agresión, ninguno de los códigos particulariza el supuesto de la defensa de la mujer agredida en el espacio intrafamiliar ni menciona los aspectos psicológicos, además de los físicos, que comprende la forma de control que caracteriza a la violencia doméstica. En general, la dogmática sigue el mismo camino que el legislador: se desconoce el impacto de la violencia sostenida en el tiempo, y su existencia se trata como un asunto menor y desprovisto de contexto. El derecho percibe del mismo modo, por ejemplo, a una mujer que ataca a quien la ha agredido de manera reiterada y pertinaz, pero que lo hace cuando su agresor se encuentra en un estado de

⁴² El artículo 34 del Código penal de Argentina establece: “No son punibles: [...] 6° El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende [...]”. El artículo 10 del Código penal de Chile establece: “Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 4° El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes: Primera: Agresión ilegítima; Segunda: Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla; Tercera: Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende [...]”. El artículo 20 del Código penal de Perú prescribe: “Inimputabilidad. Están exentos de responsabilidad penal: [...] 3° El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla; y, c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa”.

⁴³ El artículo 32 del Código penal de Colombia establece: “Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: [...] 6° Se abre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”.

⁴⁴ El artículo 29 del Código penal para el Distrito Federal de México establece: “El delito se excluye cuando: [...] IV. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor”.

vulnerabilidad —mientras duerme, por ejemplo—, que a otra mujer que ataca también a cualquier otro miembro de su familia mientras duerme.

En relación con los requisitos de “inminencia” o “actualidad” de la agresión, que de manera explícita exigen como condición algunos de los códigos analizados y demandados invariablemente por la literatura penal clásica, se ha interpretado que no coinciden con el inicio de la tentativa y la consumación formal del delito, sino que abarcan desde los actos preparatorios inmediatamente anteriores al principio de ejecución y se extienden hasta el agotamiento material de la agresión. En todo caso, los conceptos “inminencia” o “actualidad” aluden a conductas aisladas, de manera que la defensa debe responder a un ataque inminente y no a la situación que plantea la reiteración periódica de ataques.

Un tercer elemento que dificulta la aplicación de la justificación a la mujer golpeada es que a menudo los juristas afirman que la inminencia y la necesidad de la defensa se deben juzgar según criterios objetivos; concretamente, según el juicio de un tercer observador sensato.⁴⁵ La forma como las mujeres vivencian el acoso permanente y como repercute en su evaluación racional es completamente ininteligible para quien no sufre tal violencia. Es decir, que si el “observador sensato” desconoce las circunstancias concretas, no es capaz de reconocer la inminencia y la necesidad de la defensa.

La ignorancia del punto de vista de la mujer golpeada conduce además a negar la posibilidad de un error en la apreciación de las circunstancias objetivas de la causa de justificación, por ejemplo en el caso en que una mujer arremete porque cree, equivocadamente, que su maltratador la va a violentar de nuevo. Si bien en la dogmática hay consenso sobre la ubicación sistemática de la legítima defensa como causa de justificación que excluye el injusto penal, no hay acuerdo sobre los efectos de un error.⁴⁶ Los prejuicios de género pueden conducir a negar la existencia de la legítima defensa con error en la apreciación del peligro, para buscar, en el mejor de los casos, algún elemento que exima o atenúe la responsabilidad. Los efectos concretos en la dosificación de la pena son muy diversos.

⁴⁵ Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, traducción de la 2ª edición alemana y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García de Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 631.

⁴⁶ Hay quienes estiman que el justificante opera de todos modos, independientemente de la eventual responsabilidad por el delito culposo fundado en la infracción al deber de examen: teoría del injusto personal; otros lo consideran una especie de error de prohibición: teoría de la culpabilidad estricta; también están aquellos que, tras efectuar tal equiparación, acuden a la penalidad establecida para el delito culposo: culpabilidad limitada; mientras que para otro grupo, los adherentes a la teoría negativa del tipo, se trata de un error de esta especie. Algunos de los códigos latinoamericanos contienen prescripciones específicas al respecto.

El último requisito de la legítima defensa es negativo: la falta de provocación suficiente. Ésta se define como la conducta anterior del que se defiende, que determina la agresión y que no se valora jurídicamente como suficiente cuando es previsible. Una vez más, en este punto la falta de comprensión de la situación de la mujer golpeada conduce a un juicio desfavorable de lo que constituye provocación suficiente.

El caso que se examina a continuación es el de una mujer golpeada que asesina a su esposo estando éste en una situación de vulnerabilidad. Aunque al final es condenada, el tribunal de primera instancia acepta el argumento de la legítima defensa.

Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata, Argentina
G. B. sobre homicidio calificado
21 de septiembre de 2005⁴⁷

Problema jurídico

Si en el momento del homicidio la víctima ha suspendido momentáneamente la agresión, y se encuentra en una posición vulnerable, ¿existe actualidad o inminencia de la agresión necesaria para que se configure la eximente de legítima defensa?

Hechos

A.J. golpea a su esposa G.B. desde hace muchos años. Ella intenta en vano separarse. Por esa misma época, un día, A.J. se presenta en la casa con una pistola, golpea a G.B., la arrastra hasta el dormitorio para forzarla a tener relaciones sexuales. A.J. se descuida por un momento, la mujer toma la pistola y lo asesina.

Decisión del Tribunal

El Tribunal encuentra que este caso cumple con los requisitos que exige la ley para invocar legítima defensa. La decisión se apoya en los informes del perito psiquiatra del departamento judicial —D.M.O.—, según el cual los golpes y las amenazas de las que fue objeto la imputada antes del hecho le habían producido un miedo profundo, y ese estado de terror alteró su capacidad de valorar y limitó sus posibilidades de actuar.

⁴⁷ Un análisis completo de esta sentencia se puede encontrar en Julieta Di Corleto, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 5, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 853-870.

Extractos

[...]

[E]n circunstancias en que G.B. y su hija J.P.J. regresaban caminando a su domicilio [...], fueron interceptadas en la entrada por A.P.J., esposo de la primera y padre de la segunda, quien violentamente les cruzó la camioneta en que se movilizaba, las insultó, amenazó y comenzó a pegarles trompadas y patadas obligando a las mujeres a ingresar a la casa [...]. Una vez que madre e hija fueron forzadas por A.P.J. a ingresar a la casa, comenzó para ellas un verdadero calvario, que incluyó una serie ininterrumpida de golpes de A.J. hacia G.B. que le causaron múltiples lesiones. La violencia se ejerció, además, rompiendo vidrios y blandiendo en forma amenazante un arma de fuego, la que A.J. usualmente portaba y que en la ocasión disparó dos veces hacia [...] G.B. en el local de la planta baja, obligándola luego a subir a la casa con la finalidad de mantener relaciones sexuales. En forma intimidante, arma de fuego en mano, A.J. llevó a G.B. a la habitación principal, lugar donde la mujer comenzó a quitarse sus prendas íntimas, en tanto A.J. la esperaba acostado en la cama, momento en el cual, aprovechando un descuido de su esposo, G.B. tomó el arma de fuego que llevaba A.J. y le descerrajó dos disparos en la sien derecha, poniendo fin a la agresión y a la vida de hasta quien hasta ese día había sido su esposo.

[...]

Estas declaraciones que el Tribunal escuchó ratifican la versión dada por G.B. en el juicio. Dijo la imputada que A.J. siempre le había pegado, que era una persona golpeadora y que el maltrato físico comenzó cuando cursaba el embarazo de su primer hija. [...] En los dos últimos años la situación de maltrato se agudizó. [...] Mencionó G.B. cómo una vez A.J. le pegó con una pala de punta, concurriendo a la Comisaría Jorge Newbery, pero allí no le tomaban las denuncias. “Me violó varias veces”, dijo la imputada, recordando cómo la forzó a mantener relaciones sexuales las dos o tres veces que volvió a dormir en su casa luego del mes de mayo de 2004. Dijo G.B. que fue a la Comisaría y pidió que mandaran algún patrullero, que pusieran alguna vigilancia para evitar que su marido entrara a la casa, pero le dijeron que ello no era posible. La existencia de reclamos de Justicia ante la Comisaría de Jorge Newbery tienen respaldo en la documental de fs. 24 y 25, [...]

[...]

Al concluir el juicio el Fiscal estimó que A.J. probablemente estuviese dormitando o entredormido al recibir los balazos. No comparto la valoración del Fiscal. [...] cabe preguntarse qué hacía A.J. acostado en una cama donde, conforme versión de su nueva pareja, Sra. G., había dejado de dormir desde el mes de mayo. Todos estos elementos, a los que cabe agregar la declaración de J.P.J. que apoya la de su madre, me llevan a concluir que era intención de A.J. mantener nuevamente relaciones sexuales no consentidas con la imputada.

[...]

¿Hay eximentes de la responsabilidad penal?

[...]

El tema es si la acción de la acusada puede pasar el tamiz de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión (CP, 34 inc. 6-b); en especial, la cuestión es determinar si existió actualidad o inminencia en la agresión al momento de efectuarse los dos disparos a la cabeza de A.J. [...] Es nuestro deber valorar estas acciones de defensa “ex ante” y no “ex post”; es decir, hay que colocarse en la situación de quien se defiende al momento del hecho [...]. Estimo que A.J. había dejado de pegarle a G.B. pues, como ésta lo dijo en el juicio, comenzó a desvestirse para mantener las relaciones sexuales que aquél quería. [...] Pero lo que debemos preguntarnos es qué hubiera sucedido si la mujer se negaba a los deseos de A.J.; con toda seguridad la golpiza hubiera seguido. El Fiscal ponderó en contra de G.B. por no haber escapado del lugar. La huida, más allá de la limitación de las opciones propias de la situación de fuerte conmoción afectiva por la que atravesaba la imputada, no era algo que asegurara su liberación, [...] La acusada corría peligro cierto. Existía una amenaza manifiesta de parte de A.J. que tornaba inminente el peligro y la situación de riesgo para la vida de G.B.: de no acceder a la relación sexual la agresión continuaría [...].

Pero a esta situación objetiva de inminente peligro para la vida de la acusada debemos sumar una subjetiva, también abonada en el juicio. La golpiza y las amenazas sufridas antes del hecho generaron en la imputada, conforme informara el perito psiquiatra de este Departamento Judicial, D.M.O., gran miedo en su persona. Esa situación de terror afectó sus valoraciones y limitó sus posibilidades de actuar; conforme el Perito, vivió la situación con gran temor. Entiendo, entonces, que en el caso concurren los requisitos que exige la ley para la invocación de la legítima defensa [...].

**Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial
de Mar del Plata, Argentina, Sala II**

C.D. sobre homicidio en estado de emoción violenta

23 de junio de 1995

Problema jurídico

Cuando ocurrieron los hechos, la actora se encontraba en un estado de exaltación emocional severo. ¿Se le puede atribuir imputabilidad penal?

Hechos

El día 25 de abril de 1990, en horas de la noche, en el domicilio de la pareja, C.D. golpeó el rostro de su marido un número reiterado de veces. Lo hizo con un hierro de 50 centímetros de largo y 14 milímetros de diámetro. El marido, que se encon-

traba dormido cuando la mujer lo atacó, sufrió múltiples fracturas en los huesos de la cara y en la calota craneana, y finalmente murió.

Decisión de la Cámara

Por votación, el Tribunal absuelve a la acusada.

Extractos

[...]

¿Se encuentra probado en autos el cuerpo del delito de los hechos materia de acusación? [...]

Se acredita legalmente que en horas de la noche del día 25 de abril de 1990, en el interior del domicilio ubicado en [...], [C.D.] descargó reiteradamente golpes con un hierro de cincuenta [50] centímetros de largo y un diámetro de 14 milímetros en el rostro de [su marido] que en la emergencia se encontraba dormid[o], produciéndole múltiples fracturas en los huesos de la cara y la calota craneana [...] lo que llevó a la víctima a la muerte [...].

[...]

¿Concurren eximentes?

Tal como lo pusieran de manifiesto las partes, en la presente causa la cuestión excluyente versa acerca de la existencia o inexistencia de la responsabilidad criminal de la imputada. Como es sabido, cada uno de los estratos analíticos del concepto de delito reclama una cierta capacidad psíquica. [...] Adelanto que a mi modo de ver C.D. tuvo serias dificultades para comprender el carácter injusto del hecho que emprendiera y que, para colmo, no pudo adecuar su conducta a esa defectuosa comprensión. La profusa prueba de expertos rendida en autos permite afirmar, sin dejar lugar a dudas, que el psiquismo de la imputada se encontraba en la emergencia francamente limitado por un “estado de exaltación emocional severo” [...]. Pero ese estado confusional severo es tributario de la capacidad de comprensión de la criminalidad del acto o sea de la primera base del juicio de reproche. Con esa capacidad psíquica disminuida, la imputada produjo un acto que las peritos psicólogas catalogaron de “conducta impulsiva y descontrolada” en virtud del “cúmulo de frustraciones, indignación y angustia” que en la situación determinaron que C.D.

[...] ya no fue capaz de controlarse y su capacidad de reflexionar y mediatizar, de por sí escasas, fueron insuficientes para contener el estado de confusión y desorganización que sentimientos angustiosos y fundamentalmente miedo generaron dentro suyo produciéndose la acción como forma de salida o expresión impulsiva.

Me he preguntado una y otra vez si el acto imputado a C.D. es aquél del que puede afirmarse que se trata de un injusto culpable, si es el que revela que su autora, habién-

dole sido posible y exigible evitarlo, lo ha realizado para contrariar al derecho. Me he preguntado si ese demérito de la elección contraria a las normas ha sido producto de la deliberación y de la libertad de la acusada. Me he preguntado si —como la doctrina lo reclama— C.D. dispuso de diversas alternativas entre las cuales seleccionó el homicidio. Me he preguntado si alguna vez se incorporó de algún modo a su psiquismo la idea de matar a T.B. Todas las respuestas han sido negativas.

[...]

Ya he referido parcialmente algunos aportes de los peritos de intervención en autos. Cabe ahora el análisis sistemático de sus conclusiones [...] Debo comenzar por el [doctor] E.P., quien [...] afirmó que cabe concluir que C.D. es constitucionalmente hiperemotiva. [...] Las conclusiones psiquiátricas fueron defendidas en la audiencia de vista de causa por el [doctor] J.C.B. [quien] señaló que la exaltación emocional que constataran tanto puede abolir cuanto perturbar la conciencia.

[...]

[Y] fue aún más lejos al afirmar que la imputada no habría podido “controlar” su conducta, que su psique habría salteado la etapa reflexiva, [...] que “las mayores dificultades estarían vinculadas a la dirección de las acciones”, al fenómeno adaptativo que debe existir entre la percepción de la realidad y sus contenidos valorativos y la conducta subsecuente a esa percepción. [...] A su tiempo S.I. y C.S. [...] señalaron expresamente que esa constitución hiperemotiva, a la que se sumaba la tensión crónica y la angustia permanente hicieron que vivenciara una amenaza inminente y que el condigno miedo, el pánico disminuye el control del Yo.

[...]

[T]engo por alteración morbosa de las facultades mentales de C.D. el trastorno mental que sufriera en el momento del hecho. Ello puesto que —como queda dicho— su desempeño conductual fue francamente deficitario y anormal conforme a los parámetros neurológico, psiquiátrico y psicológico antes reseñados. Esa noción de anormalidad, de ruptura del antecedente vital de la encartada, abastece sobradamente el concepto de “morbosa” a que la ley alude [...].

Veredicto: En mérito al resultado que arroja la votación [...] el Tribunal pronuncia veredicto absolutorio para la acusada C.D. [...]

Cuestiones a debatir

Primera cuestión a debatir: el alcance del derecho a la legítima defensa

Los prejuicios o falsas creencias, en general, se aceptan como si fueran postulados de sentido común. En materia de violencia, una de esas falsas creencias consiste en sostener que las mujeres que son maltratadas por sus compañeros disfrutaban de las golpizas. Argumentan la aseveración de la siguiente manera:

si no les gustara ser golpeadas, las mujeres abandonarían sus hogares.⁴⁸ En la mayoría de los casos, las mujeres permanecen en sus hogares por una dependencia económica y emocional, por miedo, depresión, por una baja autoestima y porque desean y creen que las promesas de cambio de su pareja pueden llegar a hacerse realidad. La mujer víctima de violencia no experimenta placer frente a los golpes y además no se siente capaz de hacer frente a la violencia. En su decisión de no marcharse incide la falta de recursos, de fuerza y, fundamentalmente, el miedo.⁴⁹

Las mujeres que logran tomar la decisión de abandonar a sus parejas son las que enfrentan un mayor riesgo de ser asesinadas o de ser gravemente lesionadas. El momento de la separación es estudiado como el período más peligroso en una relación de maltrato y se ha establecido que puede durar hasta dos años después de terminado el vínculo.⁵⁰ Por ello, la comprensión adecuada del fenómeno de la violencia nunca debería llevar a imponer a las mujeres maltratadas el deber de abandonar sus hogares. Por otra parte, desde el punto de vista del derecho penal, en el momento mismo del desarrollo de una agresión, esta exigencia sólo podría imponerse en los casos en los que ésta pudiera sortearse de manera total y segura.

Sin embargo, algunos manuales y tratados de derecho penal enseñan que el alcance de la legítima defensa está limitado cuando existen deberes especiales entre los intervinientes. La doctrina penal se ha ocupado de limitar la legítima defensa en el ámbito conyugal. Con el argumento de las llamadas “responsabilidades institucionales”, plantean la exigencia de comportamientos heroicos. Al respecto se señala, por ejemplo, que sólo cuando sea seguro para su defensa, se atentará contra la vida del ofensor; de otro modo se deberá esquivar la agresión o conformarse con medios defensivos menos peligrosos, aun corriendo el riesgo de sufrir daños leves. Enrique Bacigalupo sostiene sobre esto: “Se excluye el derecho de defensa necesaria en los casos de estrechas relaciones personales (padres-hijos; esposos; comunidad de vida, etc[étera]). Ello significa que en estos casos debe recurrirse, ante todo, al medio más suave, aunque sea inseguro”.⁵¹

⁴⁸ Jorge Corsi, “Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar”, en Jorge Corsi, comp., *Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 37.

⁴⁹ Julieta Di Corleto, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, *op. cit.*

⁵⁰ Julieta Di Corleto, *ibid.*, donde cita a Leonore Walker, “Battered Women Syndrome and Self Defense”, *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol.*, N° 6, 1992, y Elizabeth Schneider, *Battered Women & Feminist Lawmaking*, Yale University Press, New Haven, 2000.

⁵¹ Enrique Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 230.

Para justificar su planteamiento, utiliza el siguiente ejemplo: “el marido no tiene derecho a matar a su mujer para impedir que ésta lo abofetee”.⁵² Por su parte, Jakobs sostiene que “en estas relaciones de garantía existe una obligación de sacrificarse más elevada —frente a la obligación de cualquiera—”.⁵³ Con un criterio aparentemente más laxo, Roxin entiende que el deber de consideración se extingue si la agresión importa lesiones graves o cuando se sufren maltratos continuos:

Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por *motivos insignificantes*, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo ya hace tiempo se ha desligado; por eso puede defenderse con un arma de fuego y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse [...] ⁵⁴

Segunda cuestión a debatir: la inminencia o actualidad de la agresión

Tal como se planteó en la introducción, la doctrina en materia de legítima defensa establece que uno de sus requisitos básicos consiste en establecer si la agresión es lo suficientemente inmediata como para justificar una respuesta. El requisito de la inminencia o actualidad de la agresión sirve para determinar cuál es el momento indicado para avalar una defensa. Se ha establecido que el ataque tiene que ser actual, es decir, inminente o aun subsistente. En consecuencia, la respuesta defensiva sólo podría comenzar en el último instante, en el que todavía existan posibilidades de éxito, y sólo en ese momento se puede descartar con seguridad el riesgo de que resulte innecesaria.⁵⁵ Este requisito es importante para distinguir un caso de legítima defensa del supuesto de una defensa frente a ataques futuros o ya repelidos. Por lo tanto, a esta temporalidad subyace la necesidad de la defensa y, a su vez, la subsidiariedad del instituto. De ahí que los autores estimen que, ante la ausencia de actualidad e inminencia de la agresión, quien pretenda defenderse debe requerir el auxilio de las autoridades.

Tercera cuestión a debatir: la inclusión del testimonio de expertos: la valoración de la inminencia o actualidad de la agresión

Uno de los puntos para analizar en los casos de las mujeres que son juzgadas por haber actuado en defensa de sus maridos tiene que ver con los antecedentes de

⁵² *Ibid.*, p. 230.

⁵³ Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 488-489.

⁵⁴ Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 652. El destacado es nuestro.

⁵⁵ Günter Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 230-231.

violencia. La correcta presentación y tratamiento del historial de violencia que precedió la conducta defensiva puede ser esencial para evaluar el comportamiento de la mujer. Su análisis puede ser necesario para comprender el grado de peligro al cual está expuesta la mujer y también para evaluar su percepción de la amenaza y su reacción frente a ese peligro. El estudio adecuado de la percepción del riesgo tiene efectos concretos para la solución del caso: la apreciación del peligro se refiere justamente al conocimiento de la concurrencia objetiva de la causa de justificación.

En el contexto de los procesos contra las mujeres que se defienden de las agresiones de sus maridos es posible recurrir a la pericia de un experto —idealmente de un psicólogo especializado en temas de violencia contra las mujeres— que podría explicar por qué las golpizas que sufrió una mujer en el pasado la ponen en una situación de alto riesgo y en una posición especial desde la cual puede predecir o temer la magnitud de la violencia que se puede llegar a desencadenar. Con el fin de evaluar la razonabilidad de la creencia de la mujer sobre el peligro al que se enfrenta, este tipo de peritaje puede ser concluyente.

En algunos casos, la experiencia de las mujeres maltratadas ha sido explicada a partir de una caracterización, el “síndrome de la mujer golpeada”, un concepto que evalúa los cambios psicológicos que provoca la exposición constante a la violencia. Lenore Walker acuñó el concepto en *Battered Woman Syndrome*, libro publicado en 1979. Según ella, las investigaciones sobre el síndrome de la mujer golpeada indicaban que, en general, quienes sufren situaciones de abuso y violencia responden de manera similar. Leonore Walker profundizaría esta idea en publicaciones posteriores:⁵⁶ el síndrome de la mujer golpeada es una subcategoría del trastorno por estrés post-traumático. Entre sus manifestaciones se destacan tres categorías de síntomas, cuya presencia determina si una persona que ha sido sometida a situaciones traumáticas ha desarrollado el síndrome: disturbios cognitivos, altos niveles de ansiedad y síntomas de evitación.

Los disturbios cognitivos comprenden trastornos en la memoria, entre los que se incluyen recuerdos invasivos que sirven tanto para reconstruir como para negar, minimizar o reprimir los incidentes de violencia. Las mujeres que han sido víctimas de violencia también tienen dificultades para concentrarse y tienden a confundir los episodios de abuso. Si enfrentan una nueva situación de violencia pueden tener *flashbacks* que las llevan a reexperimentar situaciones de abuso anteriores y a reforzar e incrementar su percepción del peligro.⁵⁷ Los altos niveles de ansiedad los revela el desarrollo de un sentido de hipervigilancia que permite identificar cualquier peligro potencial y reconocer, en señales

⁵⁶ L. Walker, “Battered Women Syndrome and Self Defense”, *op. cit.*, pp. 327-328.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 328.

quizás insignificantes para un tercero, la posibilidad de que se desencadene un incidente de violencia. Esto produce comportamientos nerviosos que se pueden evidenciar en ataques de pánico y fobias, o en trastornos en la alimentación y el sueño. Otra manifestación de los altos niveles de ansiedad es el comportamiento compulsivo y repetitivo, en particular en los casos en los que la mujer cree que ella es la única que puede modificar el comportamiento de su pareja.⁵⁸ Finalmente, los síntomas de evitación incluyen depresión, negación y minimización, tácticas todas ellas que evitan enfrentar la situación a la que están expuestas. A medida que pasa el tiempo, y en función del control ejercido por sus compañeros, las mujeres golpeadas se aíslan de sus entornos de contención y pierden el interés por las actividades que solían disfrutar.⁵⁹

Si bien la sentencia del caso “G.B. s/ homicidio” no hizo referencia al síndrome de la mujer golpeada, sí se acudió a los informes de expertos que explicaron, por un lado, las consecuencias del historial previo de violencia al que fue sometida G.B. y, por el otro, el gran temor que sufrió en el momento en el que se desencadenó su respuesta a la agresión de A.J.

Preguntas

En el juicio que se le siguió a G.B. el Fiscal consideró que el caso no cumplía con los presupuestos de la legítima defensa. Según él, G.B. no abandonó el lugar en el momento del cese de la violencia. En lugar de defenderse de la agresión, lo exigible, en criterio del Fiscal, era que G.B. hubiera huido del hogar.

1. ¿Qué argumentos pudo haber desarrollado el Fiscal para descartar la aplicación de la legítima defensa?

2. ¿En qué sentido la relación previa existente entre las partes que intervienen en agresiones mutuas puede definir el alcance de la legítima defensa?

3. ¿Se podría pensar que esta relación previa entre las partes no debe operar para restringir la legítima defensa, sino que al contrario debería funcionar a la inversa? ¿En qué casos?

4. ¿Qué problemas tiene la aplicación de las *fórmulas tradicionales en materia de legítima defensa* en los casos de mujeres golpeadas?

5. ¿Qué argumentos se podrían desarrollar para descartar la aplicación de una regla como la propuesta por la literatura penal clásica?

6. ¿En qué casos los motivos de una golpiza pueden ser relevantes para definir una legítima defensa, tal como se desprende de la posición de Roxin?

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ *Ibíd.*

7. En los argumentos del Fiscal y del Tribunal la valoración de la prueba es distinta, y diferente en consecuencia la reconstrucción de los hechos. Para el Fiscal, A.J. estaba dormido, y este hecho inhabilita la aplicación de la eximente de responsabilidad penal; para el Tribunal, A.J. no estaba dormido, G.B. aún estaba en peligro ¿Qué habría resuelto el Tribunal si como el Fiscal hubiera entendido que A.J. sí estaba dormido?

8. ¿Cómo diferenciar el “intersticio de cese de violencia” —como sostuvo el Tribunal— del “fin de la agresión”? ¿El hecho de que A.J. no estuviera dormido significaba que G.B. corría peligro inminente? ¿Por qué? ¿Qué supuesto de hecho imaginaría para dar una respuesta afirmativa? O en otras palabras, ¿qué elementos valoraría como juez para concluir que G.B. estaba todavía en peligro?

9. Si usted fuera abogado/a defensor/a, ¿qué defensas articularía apelando al concepto de “síndrome de mujer golpeada”? ¿Cómo afectaría una defensa técnica efectiva el hecho de estar imposibilitada de acudir a peritos de parte que expongan las características del “síndrome de mujer golpeada”?

10. ¿Cómo han operado los testimonios de expertos en diferentes sentencias? La sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial de Mar del Plata presenta el caso de una mujer golpeada que asesina a su agresor. Luego de leer el texto, cuáles serían las desventajas de acudir al concepto de síndrome de la mujer golpeada como defensa. Considerando los testimonios de los expertos citados, ¿sería adecuado acudir a esta figura? ¿Cuáles serían las consecuencias para el colectivo de mujeres? Al dar su respuesta, considere si el asesinato del agresor puede llegar a ser un acto razonable y según qué criterios.

III. LA RESTRICCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LAS MUJERES POR LA PROTECCIÓN LEGAL CONTRA LA VIOLENCIA

El derecho que pretende proteger a la mujer víctima de violencia debe conciliar la protección con el respeto a la autonomía de la víctima, y esta conciliación presenta una serie de problemas que son quizá el resultado lógico de toda pretensión emancipatoria cuando se tiene en cuenta la dimensión cultural y psicológica de la dominación. Indudablemente, incluso en las circunstancias más crueles de servidumbre y opresión, hay individuos que comparten con sus opresores la lógica de su opresión, y con mayor razón sucede en circunstancias más ambiguas en las que se combinan, por ejemplo, el maltrato, el abuso y los lazos afectivos y familiares. En esta medida, la intervención del Estado, que tiene además su propia lógica y dinámica, puede afectar la libertad de las mujeres que quieren plantear sus relaciones según su propio criterio.

Otro problema es el de la relación entre las feministas que abogan por la reforma y las mujeres que se deben ver beneficiadas por dichas reformas. Entre los grupos que las feministas pretenden interpretar usualmente hay abismos de clases, realidades sociales, creencias y experiencias vitales diferentes. En muchos casos se tienden sobre ese abismo puentes de solidaridad, pero las diferencias persisten y pueden derivar en la imposición de una forma particular de ver la vida —profesional, de clase media, feminista—, lo que también termina limitando la autonomía de las mujeres.

Por último, hay que tener en cuenta que el Estado tiene su propia lógica, su dinámica propia, y que usualmente ésta es autoritaria, impersonal y burocrática, en particular cuando se trata de la rama judicial y, con mayor razón, de la penal. En el proceso de judicialización y de intervención estatal la mujer pierde autonomía, pues deja de dirigir sus propios asuntos para quedar en manos de la autoridad estatal. Esto se agrava cuando se trata de sectores marginales, cuya relación con el Estado oscila entre el paternalismo, el control social y la coerción por parte de las fuerzas de policía —indigentes, prostitutas, habitantes de barrios ilegales, etcétera—.

Esta sección se ocupa de dos casos en los que la autonomía de la mujer, los intereses del Estado y la agenda feminista —esta última en menor medida— entran en conflicto. El primer caso es el de la conciliación en materia de violencia familiar. Aquí la mujer acude al Estado para que éste intervenga y cese la violencia —en ocasiones sin que implique cortar el vínculo con el agresor—. Busca en el Estado una especie de figura paterna que logre controlar los abusos de su pareja y le facilite la solución del conflicto. Para el Estado, éste es un problema menor; debe operar de manera eficiente y gastar la menor cantidad de recursos. La figura de la conciliación es atractiva por su eficacia y rapidez. Sin embargo, los modelos que se utilizan para llegar a verdaderos acuerdos, y sobre todo para hacerles seguimiento, no suelen ser efectivos. Además, desde la esquina feminista, la conciliación supone el abandono de las mujeres a su propia suerte en las supuestas audiencias de mediación con su agresor, y constituye una violación inaceptable de sus derechos, en especial del derecho a obtener justicia y protección del Estado. No obstante, la visión objeto de crítica coincide en principio con los intereses de las mujeres maltratadas: en aquellos casos en los que la mujer desea mantener el vínculo con el agresor, la conciliación puede parecer un mecanismo atractivo.

En el segundo caso, el del tráfico de personas, hay tensiones bastante complejas entre autonomía y protección. Por una parte, las feministas tienen una preocupación legítima por la horrenda explotación de la que son objeto muchas mujeres víctimas del tráfico de personas, preocupación que se encuentra en curiosa sinergia con el deseo de los Estados desarrollados de cerrar sus fronteras a la inmigración proveniente de países pobres. La forma como muchas mujeres

pobres le buscan salida a su situación es inmigrando a los países ricos, y para lograrlo están dispuestas a correr riesgos. En este proyecto puede parecer como si el Estado y sus ocasionales aliados feministas estuvieran aceptando una forma más de control de la migración.

A. PRIMER PROBLEMA: LA CONCILIACIÓN EN LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Las reformas feministas de la década de los años noventa coinciden con la tentativa de positivizar los derechos humanos, agilizar la administración de justicia, flexibilizar la contratación laboral y abrir los mercados nacionales a los productos y a la inversión extranjera. Las leyes que regulan la intervención estatal en casos de violencia contra la mujer coinciden, entre otras, con las reformas destinadas a crear los llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Como resultado de esta coexistencia, la conciliación o mediación se incorpora a las alternativas de respuesta estatal a la violencia contra la mujer, o violencia intrafamiliar, en muchas instancias como parte de un mismo paquete modernizador.

La conciliación en casos de violencia intrafamiliar se consagra en tres tipos diferentes de legislación. En primer lugar, y de manera directa, en las leyes que reglamentan la intervención estatal frente a la violencia contra la mujer, permitiendo u obligando a las partes a que se presenten a una audiencia de conciliación mediada por un juez o por un psicólogo.⁶⁰ En segundo lugar, varias legislaciones contemplan el requisito de una audiencia de conciliación para que proceda la investigación antes del juicio en los casos de delitos de bajas penas, como la violencia intrafamiliar, la inasistencia alimentaria y las lesiones personales; y en tercer lugar, en los procesos de derecho de familia, incluidos divorcios y separaciones, así como procesos por la custodia de los menores, la audiencia de conciliación es obligatoria.

Como resultado, las mujeres maltratadas que acuden al sistema de justicia, bien en busca de una orden de protección, de un castigo por parte de la justicia penal, o de un divorcio, alimentos o custodia ante la justicia ordinaria o de

⁶⁰ En Argentina, ley 24417 de 1994; Bolivia, ley 1674 de 1995; Colombia, ley 294 de 1996, modificada por ley 575 de 2000; y Ecuador, ley 103 de 1995. La audiencia de conciliación en Ecuador es parte del proceso para obtener una orden de protección. En México, la ley de violencia intrafamiliar de 1996 la establece como facultativa. También es voluntaria en El Salvador, ley 902 de 1996. En Chile, según la ley 20066, la materia es conciliable excepcionalmente. En Perú, la ley 27398 de 2001 derogó la posibilidad de conciliar en casos de violencia intrafamiliar. En República Dominicana, Nicaragua, Panamá, Honduras, Guatemala, Costa Rica y Paraguay, las leyes de violencia intrafamiliar no mencionan la conciliación o la mediación.

familia, deben pasar por una audiencia de conciliación, mediada muchas veces por el mismo funcionario que, en caso de no haber acuerdo entre las partes, decide sobre el caso.

Las críticas a este sistema de la conciliación son abundantes y se pueden agrupar en dos clases: de un lado, por tratarse de una forma de denegación de justicia; de otro, por ser una práctica que desconoce el desequilibrio de poder entre las partes. Quienes consideran que la conciliación es una forma de denegación de la justicia han constatado que las mujeres buscan en vano que el Estado las proteja e imparta justicia. Desde este punto de vista no es aceptable que cuando las mujeres golpeadas solicitan protección estatal, terminen siendo obligadas a conciliar con su agresor de años. Los críticos de la conciliación la ven entonces como una forma más de ignorar y perpetuar la violencia conyugal, y como una grave violación al derecho a la dignidad, la vida, la salud, al acceso a la justicia y, especialmente, a una vida libre de violencia.⁶¹

El segundo grupo de críticas ve en la conciliación una práctica que subestima el desequilibrio de poder entre las partes. Esta mirada ofrece un reto importante a los medios alternativos de resolución de conflictos. Se ha escrito mucho sobre el síndrome de la mujer maltratada, fenómeno que explica, por ejemplo, los trastornos emocionales que padecen las víctimas: temor y angustia constantes, sentimiento de indefensión, baja autoestima, apatía y pasividad, resignación, tendencias suicidas, depresión y diversos trastornos psicósomáticos. Además, se sabe que el maltrato sucede en ciclos de agresión-perdón-reconciliación-tensión-agresión, ciclos que dificultan o impiden que las mujeres terminen la relación. También se ha estudiado la cultura del maltrato que surge en la pareja y cómo contribuye a que la mujer acepte los términos de su dominación, de la que el maltrato físico es apenas una parte de un cuadro más grande de dominación y control que impide que la mujer pueda defenderse ni reclamar su autonomía.⁶² En estas circunstancias, no parece razonable esperar que las mujeres lleguen a acuerdos buenos o al menos justos con sus agresores.

Sin embargo, esta apreciación se confronta con la experiencia cotidiana de los operadores de la norma, quienes ven que mientras algunas mujeres llegan con la claridad de que desean ayuda para terminar el vínculo con el agresor, muchas otras sólo buscan morigerar la violencia pero no renunciar a la rela-

⁶¹ Ver, por ejemplo, "Justicia injusta: una crítica feminista a la conciliación en violencia conyugal", *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, Bogotá, enero de 2002. Existe una lista permanentemente actualizada —aunque en inglés— sobre éstos y otros aspectos de la violencia contra las mujeres en www.mincava.umn.edu.

⁶² Sobre los efectos de la violencia ver Judith Lewis Hermann M.D., *Trauma and Recovery: The Aftermath of Violence - From Domestic Abuse to Political Terror*, Basic Books, New York, 1997, y L. Walker, "Battered Women Syndrome and Self Defense", *op. cit.*

ción, aceptando incluso los términos de dominio y control que la caracterizan. Con el agravante de que la cultura dominante en la región justifica muchos de los comportamientos asociados al maltrato, los ve como algo normal, e incluso correctos, por ejemplo los celos, la posesividad, la responsabilidad de la mujer por el bienestar afectivo de los miembros de la familia, el rol de ama de casa y la toma masculina de decisiones sobre el dinero. Y no hay que olvidar que no sólo el agresor está imbuido en la cultura dominante: también lo están la víctima y el operador judicial.

Frente a estas críticas, la pregunta inevitable es qué alternativas tiene la conciliación. Sin duda no todos los casos de violencia deben o pueden ser procesados a través del sistema penal, cuya idoneidad, como se vio en la primera parte de este capítulo, está puesta en entredicho. Las medidas de protección exigen grandes recursos y un aparato policial comprometido con su implementación, cosa que no sucede en la región. Finalmente, la disolución del vínculo con la intervención del sistema policivo crea otra serie de problemas: la venganza, la pérdida de una fuente de ingresos y la negociación de la custodia y mantenimiento de los hijos en común. La búsqueda de alternativas exige entonces una actitud reflexiva que contemple y sopesa las ventajas y las desventajas de la conciliación.⁶³

A continuación se presenta un caso colombiano. En el año 2005, en Colombia, se demandó la constitucionalidad de la conciliación en la respuesta estatal a la violencia intrafamiliar y en particular la competencia de los conciliadores en equidad para recibir estas cuestiones. La Corte ignora las circunstancias concretas de la violencia y las razones por las cuales en otros lugares se prohíbe la conciliación cuando hay violencia de por medio. De modo abstracto, en cambio, afirma que

[...] nada se opone a que tratándose de hechos de violencia, maltrato o abuso intrafamiliar la respuesta del aparato estatal pueda consistir en propender por la aplicación de fórmulas alternas y complementarias, no represivas, como la que prevé la norma acusada.

Además le imputa a la conciliación los “objetivos superiores de la protección integral de la familia e igualmente la participación de la comunidad en los problemas que los afectan”. La sentencia es un ejemplo claro de la forma como la dogmática tradicional, por una parte, ignora la experiencia de las mujeres y, por otra, reproduce y perpetúa valores conservadores. En primer lugar es claro cómo en estas audiencias de conciliación no hay referencia a la vulnerabilidad

⁶³ Ver, por ejemplo, Julieta Lemaitre, “Justicia injusta: una crítica feminista a la conciliación en violencia conyugal”, *op. cit.*

de la mujer maltratada, y luego aparece con claridad la idea de la defensa de la familia, y el corolario implícito de que ésta tiene derechos, derechos que pueden exigir el sacrificio de las mujeres en cuanto individuos.

Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-059 de 2005

Problema jurídico

¿Es constitucional una norma que autoriza la conciliación como respuesta estatal a la violencia intrafamiliar? Los conciliadores en equidad son llamados a conocer asuntos menores para los que no se requieren conocimientos jurídicos. ¿Pueden ser los conciliadores en equidad aptos para pronunciarse sobre casos de violencia intrafamiliar?

Hechos

Se demanda el parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 575 de 2000, que autoriza a toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de violencia, maltrato o agresión, para acudir al Juez de Paz y al Conciliador en Equidad para que con su mediación cese la violencia, maltrato o agresión o la evite. Considera el demandante que los jueces de paz no tienen facultad constitucional para esta función.

Decisión de la Corte

Considera la Corte que, desde la perspectiva constitucional, es posible que tratándose de hechos de violencia, maltrato o abuso intrafamiliar el Estado busque la aplicación de fórmulas alternas, no represivas, como la que prevé la norma acusada, con el fin de garantizar la protección de la familia e igualmente patrocine la participación de la comunidad en los problemas que la afectan.

Extractos

[...]

Se impugna el parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 575 de 2000, que autoriza a toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de violencia, maltrato o agresión, para acudir al Juez de Paz y al Conciliador en Equidad, con el fin de obtener, con su mediación, que cese la violencia, maltrato o agresión o la evite si fuere inminente, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, o la competencia asignada a los Comisarios de Familia y a los Jueces Civiles Municipales y promiscuos municipales para aplicar una medida de protección en casos de violencia intrafamiliar.

La norma acusada dispone, además, que para tal efecto se citará inmediatamente al agresor a una audiencia de conciliación, que deberá celebrarse en el menor tiempo

posible, para lo cual se podrá requerir la asistencia al agresor, a las partes o al grupo familiar, si las partes lo aceptan, de instituciones o profesionales o personas calificadas. Y que, si el presunto agresor no compareciere o no se logra acuerdo alguno entre las partes, se orientará a la víctima sobre la autoridad competente para imponer medidas de protección, a quien por escrito se remitirá la actuación.

Según el actor, la norma es inconstitucional porque los jueces de paz y los conciliadores en equidad no están habilitados constitucionalmente para conocer de la violencia intrafamiliar, sino solamente de conflictos menores que por su entidad no requieren de la intervención de funcionarios con formación en ciencias jurídicas. En este sentido, concluye que la medida en cuestión resulta ineficaz para combatir dicho fenómeno y por ello debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

Para la Corte, el cargo no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

Se ha establecido que, en lo que se refiere a los jueces de paz, el Constituyente confirió al legislador un amplio margen de configuración en cuanto a la regulación de esa institución. En este sentido resulta claro entonces que el mandato contenido en el precepto bajo examen no es otra cosa que expresión de dicha facultad de configuración reconocida constitucionalmente al legislador en relación con los jueces de paz.

Esta misma doctrina también puede hacerse extensiva respecto de los conciliadores en equidad pues, al igual que los jueces de paz, está previsto en la Carta Política que particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en los términos que determine la ley, correspondiéndole al legislador lo relativo a su implementación y asignación de competencias, sin otro límite que el impuesto por el propio Ordenamiento Superior. De manera que si los jueces de paz y los conciliadores en equidad están habilitados constitucionalmente para administrar justicia, nada se opone a que el legislador les asigne competencia para conocer de casos de violencia intrafamiliar en los términos previstos en la norma acusada, es decir, como mediadores.

[...]

Además, el artículo 19 de la ley 294 de 1996, claramente establece que los procedimientos establecidos en la ley para la toma de medidas de protección en los casos de violencia intrafamiliar, no sustituyen ni modifican las acciones previstas en la Constitución y en la Ley para la garantía de los derechos fundamentales, ni para la solución de los conflictos jurídicos intrafamiliares.

[...]

Cabe recordar que, respecto de la violencia contra la mujer, contrariamente a lo afirmado por el actor, los instrumentos internacionales no demandan del Estado colombiano únicamente respuestas represivas, pues tal como se anotó anteriormente, en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer [...] se dispuso, entre otros, como deber de los Estados,

[...] incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso (art. 7 lit. c).

[...]

Al respecto considera la Corte que tal disposición igualmente se ajusta a los postulados constitucionales de protección a la familia y a sus integrantes, pues la conducta renuente del agresor o su posición intransigente para conciliar no pueden servir de obstáculo a la acción de la justicia impidiendo la toma de medidas protectoras. De lo contrario se propiciaría el desamparo a las víctimas de violencia intrafamiliar, dejándolas expuestas a tener que soportar un daño continuo o a que finalmente éste se produzca cuando fuere previsible. Por ello, bien dispuso el legislador que si el presunto agresor no compareciere o no se logra acuerdo alguno entre las partes, se orientará a la víctima sobre la autoridad a la que puede acudir a solicitar una medida de protección y se procederá de oficio enviando las diligencias de rigor.

Vale la pena aclarar que la disposición en comentario no releva a los Jueces de Paz y Conciliadores en equidad del deber de orientar, en todos los casos, a las víctimas de violencia intrafamiliar. Es decir, aún tratándose de la comparecencia del presunto agresor o cuando se logre un acuerdo entre las partes, siempre corresponde a éstos indicar a las víctimas ante qué autoridad podrán acudir a solicitar medidas de protección en caso de que los actos de violencia se repitan.

En conclusión, desde la perspectiva constitucional, nada se opone a que tratándose de hechos de violencia, maltrato o abuso intrafamiliar la respuesta del aparato estatal pueda consistir en propender por la aplicación de fórmulas alternas y complementarias, no represivas, como la que prevé la norma acusada, con el fin de alcanzar los objetivos superiores de la protección integral de la familia e igualmente la participación de la comunidad en los problemas que los afectan.

Por todo lo anterior, la Corte declarará exequible la norma acusada.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-382 de 1994

Problema jurídico

¿Aun cuando existen mecanismos judiciales alternativos, es procedente la tutela como mecanismo transitorio para proteger la vida y la integridad física ante la conducta violenta del cónyuge?

Hechos

En respuesta a la conducta violenta y peligrosa —a juicio de la peticionaria— de Pedro Emilio Leal Guerrero, su marido, la mujer recurre a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y en busca de la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad física, a la familia, y en busca también de la protección de los derechos de los niños, ambos derechos, a juicio de la peticionaria, vulnerados por la conducta de su marido.

Decisión de la Corte

La Corte concede la tutela.

Extractos

[...]

No puede la Corte pasar por alto los malos tratos de que son víctimas la accionante y sus menores hijas, como se desprende de las pruebas médico-legales practicadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal por orden del Comisario Tercero de Familia y de las testimoniales practicadas por el fallador de instancia, de las cuales se colige que el señor Pablo Emilio Leal Guerrero acostumbra intimidar, no sólo a su familia sino a sus arrendatarios, y a mantener con ella tratos hostiles, lo que además de ser violatorio de cualquier norma de conducta, puede ser constitutivo de un delito tipificado por las normas penales actuales.

Analizadas las pruebas que obran en el expediente, se observa que se encuentra demostrado el comportamiento inhumano, el maltrato físico, desmedido y censurado por parte del accionado.

En este sentido, debe reiterar la Sala lo que sobre el particular ha sostenido la Corporación:

El respeto a la vida y a la integridad física de los demás, en un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce sólo a la prevención policiva o a la represión penal del agresor, comporta el deber de no maltratar, ni ofender, ni torturar, ni amenazar a las personas, mucho menos a aquélla con quien se comparten la unión doméstica de procreación y desarrollo de los hijos y de la familia, y la promesa de mutuo fomento material y espiritual.

Así, no cabe duda que los tratos crueles, degradantes o que ocasionen dolor y angustia a nivel corporal o espiritual atentan de manera directa contra la dignidad humana y contra lo dispuesto en el artículo 12 constitucional, según el cual, “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” [...], lo cual impide necesariamente su cabal realización como persona.

No puede cuestionarse el hecho de que tales condiciones negativas confluyen en aquellos conflictos de pareja en que uno de sus componentes recurre a posturas arbitrarias y maltratos consuetudinarios o amenazas en contra del otro, o cuando le obliga a someterse a situaciones que esa persona estima indignantes y lesivas a su vida, integridad física, colocando una a la otra en un aberrante estado de subordinación e indefensión.

Y ello es más grave cuando están de por medio los hijos (menores de edad), quienes se verán gravemente afectados en su formación moral e intelectual al observar la conducta inmoral, arbitraria y abusiva de su padre contra su madre. Es repugnante e inhumano la descripción que hace la accionante de las conductas a las que es sometida por su esposo.

[...]

En consecuencia, los innumerables comportamientos agresivos, lesivos y vulneradores de los derechos fundamentales de la accionante a la vida e integridad física, al igual que los derechos de las niñas a la protección contra la violencia física y moral, y al cuidado y al amor por parte del accionado, han tenido y tienen ocurrencia, sin que sea posible argumentar la existencia de otros medios de defensa judicial para prevenir que se sigan presentando las conductas abusivas y arbitrarias del señor Leal Guerrero, sin que esos medios le garanticen la protección inmediata y efectiva de sus derechos, esenciales para su vida y la de sus hijas Yuliana Carol, Dayana y Lorayne.

Cualquier acción judicial que intente la peticionaria, como ya lo ha hecho acudiendo ante la respectiva Comisaría de Familia de la ciudad, dará lugar a un proceso cuya inmediatez no es lo suficientemente adecuada e idónea como la de la acción de tutela, pues el procedimiento ordinario es dispendioso y lento.

[...]

En razón a lo expuesto, concluye la Sala que deberá revocarse el fallo que se revisa, el cual desconoce los presupuestos constitucionales de protección a la vida e integridad física de las personas, al igual que los derechos fundamentales de los niños, presupuestos esenciales del Estado social de derecho, y en su lugar, conceder la tutela solicitada como mecanismo transitorio, como así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia, tutelando por ende, los derechos a la vida e integridad física de la peticionaria.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe N° 54/01
Caso 12.051: Maria Da Penha Maia Fernandes
Brasil
16 de abril de 2001⁶⁴

Problema jurídico

¿Le cabe al Estado de Brasil responsabilidad internacional por mantener una pauta de impunidad en casos de agresiones conyugales?

Hechos

[...]

De acuerdo con la denuncia, el 29 de mayo de 1983 la señora Maria da Penha Maia Fernandes, de profesión farmacéutica, fue víctima en su domicilio en Fortaleza, estado de Ceará, de tentativa de homicidio por parte de su entonces esposo, el señor Marco Antônio Heredia Viveiros, de profesión economista, quien le disparó con un revólver mientras ella dormía, culminando una serie de agresiones durante su vida matrimonial. A resultas de esta agresión, la señora Fernandes resultó con graves heridas y tuvo que ser sometida a innumerables operaciones. Como consecuencia de la agresión de su esposo, ella sufre de paraplejía irreversible y otros traumas físicos y psicológicos.

[...]

Los peticionarios indican que el señor Heredia Viveiros tenía un temperamento agresivo y violento y que agredía a su esposa y a sus tres hijas durante su relación matrimonial, situación que según la víctima llegó a ser insoportable, aunque por temor no se atrevía a tomar la iniciativa de separarse.

[...]

Alegan los peticionarios que a la fecha de la petición la justicia brasileña había tardado más de quince años sin llegar a condena definitiva contra el ex esposo de la señora Fernandes, en libertad por todo ese tiempo a pesar de la gravedad de la acusación y las numerosas pruebas en su contra y a pesar de la gravedad de los delitos cometidos en contra de la señora Fernandes. De esta manera el poder Judicial de Ceará y el Estado brasileño han actuado de manera inefectiva omitiendo conducir el proceso judicial de manera rápida y eficaz, y creando un alto riesgo de impunidad, ya que la prescripción punitiva en este caso ocurre al cumplirse veinte años del hecho, fecha que se está acercando. Sostienen que la acción del Estado brasileño debía haber

⁶⁴ Las notas de pie de página del informe fueron suprimidas. (Nota de la autora).

tenido por objetivo principal la reparación de las violaciones sufridas por Maria da Penha, garantizándole un proceso justo en un plazo razonable.

Decisión de la Comisión

La impunidad de la que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará.

Dado que esta violación forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, la Comisión considera que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes.

Extractos

[...]

Han transcurrido más de diecisiete años desde que se inició la investigación por las agresiones de las que fue víctima la señora Maria da Penha Maia Fernandes y hasta la fecha, según la información recibida, sigue abierto el proceso en contra del acusado, no se ha llegado a sentencia definitiva ni se han reparado las consecuencias del delito de tentativa de homicidio perpetrado en perjuicio de la señora Fernandes.

[...]

La Comisión considera que las decisiones judiciales internas en este caso presentan una ineficacia, negligencia u omisión por parte de las autoridades judiciales brasileñas y una demora injustificada en el juzgamiento de un acusado e impiden y ponen en definitivo riesgo la posibilidad de penar al acusado e indemnizar a la víctima por la posible prescripción del delito. Demuestran que el Estado no ha sido capaz de organizar su estructura para garantizar esos derechos. Todo ello es una violación independiente de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 1(1) de la misma, y los correspondientes de la Declaración.

[...]

Las agresiones domésticas contra mujeres son desproporcionadamente mayores que las que ocurren contra hombres. Un estudio del Movimiento Nacional de Derechos Humanos de Brasil compara la incidencia de agresión doméstica contra las mujeres y contra los hombres, mostrando que en los asesinatos había 30 veces más probabilidad para las víctimas mujeres de haber sido asesinadas por su cónyuge, que para las víctimas masculinas. La Comisión encontró en su Informe Especial sobre Brasil de 1997 que existía una clara discriminación contra las mujeres agredidas por la ineficacia de los sistemas judiciales brasileños y su inadecuada aplicación de los

preceptos nacionales e internacionales, inclusive los que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Brasil.

[...]

Artículo 7 de la Convención de Belém do Pará

[...]

La impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex marido sufridas por la señora Maria da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer.

[...]

Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.

Juzgado 14 de Familia de Lima

Acta de conciliación

Expediente 526-1997⁶⁵

Hechos

La víctima es una mujer ama de casa, de 35 años de edad, con tercer año de secundaria. La edad y ocupación del agresor no aparecen registradas. La pareja convive, y tienen dos hijos, uno de 7 años de edad y otro de 15. El hijo mayor también es víctima de la violencia del agresor. La denunciante describe la grave situación de violencia física y psicológica de la que son víctimas tanto ella como su hijo mayor, que por la situación ha amenazado con dejar el hogar. La mujer tiene una hija de una relación

⁶⁵ *La violencia contra la mujer: aplicación de la ley de violencia familiar desde una perspectiva de género. Estudios de casos*, Movimiento Manuela Ramos, Lima, 1998.

anterior; el agresor arremete también contra ella y no le permite visitar la casa. También hay conflictos con los hijos del primer matrimonio del agresor. Al momento de la petición, la denunciante se encontraba alojada en casa de una hermana, y el agresor no le permitía llevarse ni a sus hijos ni sus pertenencias. Ella desea que el agresor se vaya de la casa para poder regresar y quedarse ahí con sus hijos.

Decisión

Las partes llegaron a un acuerdo de conciliación.

Extractos

Este despacho, actuando de acuerdo a sus atribuciones, exhorta a las partes a fin de que depongan sus actitudes negativas, se perdonen, cuidando de no cometer los mismo errores, quienes comprendieron que habían estado cometiendo muchos errores lo que había permitido que su hogar atravesara una serie de conflictos, siendo ambos protagonistas del mismo al no haber podido ponerse de acuerdo en la solución conveniente de sus problemas. Y en ese estado, ambos consideraron pertinente deponer todas sus actitudes negativas y señalaron su deseo de darse una nueva oportunidad a fin de que su relación de pareja no fracase por el bien de sus vidas, así como por el de sus hijos, siempre y cuando vivan en armonía, respeto, amor, diálogo y buen entendimiento, en la buena conducción de su hogar. Para ello se hicieron los siguientes acuerdos:

Primero. Ambos convivientes aceptan vivir como Dios manda. Para ello se comprometieron a nunca más faltarse. El denunciado señaló que evitaría todo tipo de maltrato físico y psicológico en agravio de la denunciante así como de sus menores hijos, a quienes los trataría con mucho amor, y buena voluntad, comprendiéndoles y aceptándoles tal como son, sin querer cambiarlos.

Segundo. La denunciante también trataría, al igual que su conviviente, de darse todos sus afectos recíprocamente y someterse a su compañero y juntos dirigir la mejor marcha de su hogar, así como en todo lo relacionado con sus hijos, ninguno de los dos interpondría la autoridad del otro, cuidando de dar buenos ejemplos a sus hijos, actuando siempre con inteligencia y sabiduría.

Tercero. El denunciado, a fin de ayudar en la solución de los problemas, permitiría a su (hijastra) visite normalmente a su conviviente, con relación a los hijos de ésta, habidos en su primer compromiso, cuidando que toda la familia viva en armonía sin ningún tipo de egoísmos.

Cuarto. La denunciante por su parte intervendría a fin de aconsejar a su hija para que perdone a su padrastro y denunciado conviviente integrándola a su familia de igual modo lo haría la denunciante tratando de comprenderlo y evitar todo tipo de chismes o situaciones negativas que pudieran presentarse y cuando esté de visita en

dicho hogar, el denunciado no le hará ningún tipo de desplante, tratándola como una más de la familia por amor a su conviviente.

Quinto. Ambas partes de este proceso se comprometen a evitar toda clase de chismes e intervenciones de personas o familiares ajenos a su familia. Así mismo, juntos, sin la intervención de ellos, resolverán sus problemas.

Sexto. El denunciado comprenderá que sus hijos están deseosos de mucho cariño, para ello será un poco flexible cuando no cumplan a cabalidad lo que les ordene, teniendo en cuenta que todo es relativo y deberá corregirlos, junto con su compañera, con amor, respeto y consideración, evitando que la ira los aleje de su hogar, ya que por temor es distinto hacer las cosas que por respeto.

Séptimo. Ambas partes se comprometen previa aceptación ante la propuesta de este despacho a seguir un tratamiento psicológico de pareja en el Instituto de Orientación de la Pareja, a fin de que mejoren sus relaciones [...] por el bienestar de su hogar.

Cuestiones a debatir

La violencia intrafamiliar como violación de los derechos humanos

En esta sección se hizo el análisis de dos sentencias: una de la Corte Constitucional de Colombia y otra de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La primera ordena la protección de una mujer golpeada mediante la aplicación directa de los derechos constitucionales —acción de tutela en el derecho colombiano, de protección o amparo en otras jurisdicciones—. La posición expresada por la Corte en este primer caso sostiene que la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos. En el caso “*Maria da Penha Maia Fernandes contra Brasil*”, de cuya sentencia se incluyó también un aparte en el que se establece la responsabilidad que le cabe al Estado por no intervenir, la Comisión adopta la misma perspectiva que la Corte Constitucional de Colombia. Ambas posturas ponen en jaque la idea de que el Estado puede permitir o alentar audiencias de conciliación sin asegurarse de que en ellas se haga una defensa efectiva de los derechos humanos.

Preguntas

1. Es claro que el Estado tiene un interés en el respeto de los derechos humanos, y que ello no depende exclusivamente de la voluntad de las personas involucradas. Adicionalmente, los derechos humanos se definen como inalienables, imprescriptibles e irrenunciables. Compare las dos sentencias anteriores, en las que se afirma que la violencia intrafamiliar es violatoria de los derechos humanos, con la exequibilidad de la conciliación en violencia intrafamiliar en el otro caso

reseñado arriba. ¿Encuentra contradicción en estas posiciones? En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿es posible resolver esa contradicción?

2. ¿Cree usted, teniendo en cuenta el acuerdo de conciliación ante el juzgado peruano, que llegar a acuerdos que benefician a las partes puede llegar a ser violatorio de los derechos humanos? ¿En qué medida es posible que un acuerdo de conciliación viole los derechos humanos y sin embargo siga siendo válido? ¿Qué papel debe jugar la voluntad de las partes en esta determinación?

3. Investigue el impacto psicológico de la violencia conyugal. ¿Cómo debe actuar el conciliador que conoce las secuelas de la violencia?

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA TRATA DE PERSONAS

Las reformas penales de finales de la década del noventa y comienzos de la del 2000 renovaron la tipificación de los delitos relacionados con la explotación en la prostitución. Sobre todo a partir del año 2000, esos cambios obedecieron tanto al activismo de los grupos feministas como a la presión ejercida por Estados Unidos para que los países de la región reprimieran el tráfico de personas.

Generalmente, el marco teórico al que se acude cuando el punto es la trata de mujeres es el mismo de la prostitución; puesto que buena parte de las mujeres objeto del tráfico de personas son utilizadas como prostitutas, a menudo ambos fenómenos se vinculan, e incluso suelen ser tipificados en la misma sección del Código penal. Las reformas feministas en la región se han concentrado en el logro de una penalización más fuerte para los delitos relacionados con la prostitución, incluidos en muchos casos la pornografía, el turismo sexual y la trata de personas.⁶⁶

⁶⁶ Sobre la penalización de la explotación de la prostitución ajena, ver, por ejemplo: Chile, Código penal, artículo 367; Ecuador, Código penal, artículo 526; Brasil, Código penal, artículos 227 y 228; Bolivia, Código penal, artículo 321; Costa Rica, Código penal, artículo 169; Perú, Código penal, artículo 181; Colombia, Código penal, artículo 213; Venezuela, Código penal, artículo 382; México, Código penal, artículo 189; Honduras, Código penal, artículo 148, Argentina, Código penal, artículo 126. El Código penal cubano no lo establece. Ver, sobre el delito de rufianería —ser mantenido por la prostitución ajena, así no haya inducción o constreñimiento—: Argentina, Código penal, artículo 127; Brasil, Código penal, artículo 230; Costa Rica, Código penal, artículo 171; Perú, Código penal, artículo 180; Perú, que además penaliza el ser usuario o cliente de la prostitución infantil, Código penal, artículo 179°. Ver también República Dominicana, Código penal, artículo 180. El delito de tráfico de personas se castiga en toda la región salvo en Cuba, cuyo Código penal no contempla el tráfico de personas. Sin embargo, la entrada y salida ilegal del territorio nacional está contemplado como delito, y agravado además si es con el propósito de delinquir: Cuba, Código penal, artículos 215 y 216. Ver también Brasil, Código penal, artículos 227 y 231; Bolivia, Código penal, artículo 321 Bis; Chile, Código penal, artículo 367 Bis; Colombia, Código penal, artículo 215; Honduras, Código penal, artículo 149; Perú, Código penal, artículo 182; Costa Rica, Código penal, artículo 172.

La forma de la penalización es fruto de un largo debate sobre el estatus que para el feminismo tiene la prostitución. El debate cubre dos aspectos: primero, la clara definición de prostitución y, segundo, lo que deben hacer los Estados al respecto.

En un extremo del espectro de posiciones posibles están quienes ven en la prostitución esencialmente una forma de explotación y humillación de las mujeres; creen que se debe prohibir, y que a las prostitutas se les debe proteger y rehabilitar. En el otro extremo están quienes consideran que la prostitución es una forma de trabajo y que se deben eliminar sólo las formas de explotación; que el Estado le debe brindar a este oficio la misma protección que le ofrece al resto de las ocupaciones.

En este sentido, por ejemplo, se exige para las prostitutas el acceso a la seguridad social, la eliminación de las redadas y del control policivo, la legalización del trabajo y la represión de la esclavitud sexual. La posición de las reformas legales es intermedia: se penalizan varias de las actividades relacionadas con la prostitución —los burdeles, por ejemplo—, pero no la actividad misma.

El consentimiento y la autonomía de las prostitutas son centrales en este debate, y éste se extiende a la conceptualización del tráfico de personas. Es claro que tanto la prostitución como la trata, en la medida en que atentan contra la libertad humana, son violatorias de los derechos humanos. La pregunta es qué idea de libertad humana cabe aplicar acá.

Si bien en los casos en los que media la fuerza no hay discusión, sí la hay en aquellos casos en los que la decisión de prostituirse es producto de una serie de circunstancias infortunadas. ¿Se debe aplicar o no un examen de la libertad más estricto que el que se aplica cuando se considera la libertad humana en general, por ejemplo, la libertad de escoger trabajo o pareja? Estas últimas decisiones también pueden ser fruto de circunstancias infortunadas, y sin embargo el Estado no nos protege de ellas.

Esta sección se ocupa del problema del consentimiento y la tipificación de la trata de personas. Se exponen algunos argumentos que sobre el consentimiento en la prostitución pueden ser aplicables.

**Comisión de Derechos Humanos, Período de sesiones N° 56
Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer
“Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva
de género”
29 de febrero de 2000⁶⁷**

Extractos

Introducción. Tema del presente informe: de la migración voluntaria a la trata de mujeres: el continuo que va de la circulación de las mujeres a las violaciones de los derechos humanos cometidas durante esta circulación

[...]

La trata de personas debe considerarse en el contexto de los movimientos y migraciones internacionales y nacionales que tienen cada vez mayor intensidad a causa de la mundialización económica, la feminización de la migración, los conflictos armados, la desintegración o reconfiguración de los Estados y la transformación de las fronteras políticas. La relatora especial hace hincapié en que la trata de mujeres es un componente de un fenómeno más amplio de trata de personas, que abarca a hombres y mujeres y a niños. Sin embargo, desearía subrayar que muchas violaciones de los derechos humanos cometidas durante la trata de personas van dirigidas específicamente contra la mujer. La relatora especial pide a los gobiernos que reaccionen ante estas violaciones de los derechos humanos aplicando políticas basadas en el conocimiento de este problema.

[...]

Las mujeres circulan y son transportadas, con su consentimiento y sin él, por muchísimos motivos. La trata de mujeres debe considerarse que tiene lugar dentro de un continuo de circulación y migración de mujeres. La relatora especial está firmemente convencida de que las mujeres y todas las demás personas deben disfrutar de la libertad de circulación. La trata de mujeres, como la define y entiende la relatora especial, es una forma especialmente violenta de circulación que debe prohibirse. Sin embargo, la relatora especial considera que la trata debe examinarse en el contexto más amplio de las violaciones cometidas contra las mujeres durante su circulación y las migraciones. La experiencia de ser objeto de trata puede afectar el nivel o grado de marginación o violaciones perpetradas contra mujeres, pero la trata no es el único factor determinante de si los derechos humanos de las mujeres son violados durante sus desplazamientos nacionales e internacionales. Los despla-

⁶⁷ Radhika Coomaraswamy, *Informe sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer*, Comisión de Derechos Humanos, 56° período de sesiones, E/CN.4/2000/68, 29 de febrero de 2000.

zamientos migratorios combinados con las reacciones de los gobiernos ante estos desplazamientos y los intentos de restringirlos mediante políticas de inmigración y emigración, y la explotación de estos intentos por los traficantes, ponen a las mujeres en situaciones en las que quedan desprotegidas o solamente protegidas marginalmente por la ley. Por lo tanto, las mujeres que intentan ejercer su libertad [...] de circulación a menudo quedan en situaciones vulnerables en relación con la protección de sus derechos humanos.

[...]

Las formas declaradas de violencia, que incluyen la violación, la tortura, la ejecución arbitraria, la privación de libertad, el trabajo forzado y el matrimonio forzoso, pero que no se limitan a ellos, se cometen contra mujeres que intentan ejercer su libertad de circulación. Además, las políticas y prácticas discriminatorias de los gobiernos, en especial las de los gobiernos que intentan limitar la circulación de mujeres, contribuyen a crear un clima en el que estas violaciones se toleran oficialmente o incluso son alentadas o en algunos casos cometidas por elementos del Estado. La relatora especial siente inquietud porque en algunos casos los gobiernos al intentar responder con eficacia a la creciente preocupación internacional por la trata pueden interpretar erróneamente las necesidades de las víctimas y, al hacerlo, instituir políticas y prácticas que socavan todavía más los derechos de la mujer, especialmente la libertad de circulación y el derecho a ganarse la vida. Por este motivo, la relatora especial considera que la trata de mujeres debe situarse de modo adecuado en el contexto mundial de los desplazamientos y las migraciones y de la feminización de éstos. En relación con ello, y haciendo especial hincapié en la trata de blancas, el presente informe procura centrarse en las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la circulación de las mujeres.

[...]

Definición de la trata

[...]

La trata de personas es un concepto dinámico cuyos parámetros cambian constantemente respondiendo a las variables condiciones económicas, sociales y políticas. Aunque cambian los objetivos por los cuales se realiza la trata de mujeres, el modo en que se realiza y los países desde los cuales y hacia los cuales se realiza esta trata, los elementos constitutivos se mantienen constantes. En el núcleo de toda definición de la trata de personas debe figurar el reconocimiento de que esta trata nunca es consentida. El carácter no consentido de la trata es lo que la distingue de otras formas de emigración. La falta de consentimiento informado no debe confundirse con la ilegalidad de determinadas formas de migración. Toda trata es o debería ser ilegal pero no toda migración ilegal es una trata. Es importante procurar no con-

fundir los conceptos de trata de personas y de migración ilegal. En la base de esta distinción está la cuestión del consentimiento.

[...]

La documentación y las investigaciones demuestran que la trata tiene lugar por muchísimos motivos de explotación a los cuales las víctimas de la trata no han dado su consentimiento, como el trabajo forzado, el trabajo en servidumbre o ambos casos, incluido el comercio sexual, el matrimonio forzado y otras prácticas análogas a la esclavitud, pero sin limitarse a ellas. La definición se ocupa del carácter no consensual y explotador o servil que tienen los fines de la trata. Por consiguiente la relatora especial cree que es necesario una definición ampliada de la trata de personas que abarque los elementos comunes del proceso de la trata. Los elementos comunes son el negocio, acompañado por la situación de explotación o servil del trabajo o de la relación en la que acaba la persona objeto del trato y combinado con la falta de consentimiento para llegar a esta situación. La estructura de la definición de la trata de personas debe distinguir y separar la trata, como una violación, de sus partes componentes.

[...]

Si bien se cometen indistintamente numerosos abusos durante la trata de personas que de por sí violan el derecho nacional e internacional, lo que convierte la trata de personas en una violación distinta de sus partes componentes es la combinación del transporte forzado y la práctica final forzada. Sin este vínculo la trata de personas sería jurídicamente indistinguible de las actividades individuales de contrabando y trabajo forzado o de las prácticas análogas a la esclavitud, cuando de hecho la trata de personas difiere sustantivamente de sus partes componentes. El transporte de personas víctimas de trata está vinculado inextricablemente con el objeto final de la trata. La captación y el transporte en el contexto de la trata de personas se lleva a cabo con el objeto de someter a la víctima al transporte obligado y a violaciones adicionales en forma de trabajo forzado o de prácticas análogas a la esclavitud.

[...]

Violaciones cometidas contra la mujer en caso de desplazamiento. Prácticas discriminatorias que provocan o contribuyen a la violencia: restricción de la movilidad, leyes de nacionalidad, igualdad de protección, derechos laborales [...]

[...]

Sobre el tema de la trata, la inmensa mayoría de los gobiernos prefieren optar por la ley y el orden, con una concomitante fuerte política de oposición a la inmigración. Este criterio suele contradecirse con la protección de los derechos humanos. Además, si bien la inspiración de muchas políticas oficiales puede ser benévola, suelen servir para crear o exacerbar situaciones ya existentes que provocan la trata de mujeres o

contribuyen a ella. Las políticas y prácticas que discriminan abiertamente contra la mujer o que sancionan o animan a la discriminación contra ella tienden a aumentar las posibilidades de trata.

[...]

A pesar de que las mujeres objeto de trata y, más generalmente, las inmigrantes indocumentadas suelen ser víctimas de delito, a menudo son consideradas y tratadas como delincuentes en los países de destino. Los medios de información, a menudo estimulados por políticas oficiales de oposición a la inmigración, crean y difunden la imagen del inmigrante delincuente. Esas ideas son el resultado de la combinación de racismo y xenofobia, cada vez más implícita en las políticas oficiales de los países altamente industrializados. Estos estereotipos se utilizan para marginar a los inmigrantes indocumentados y aumentar su vulnerabilidad.

Por otro lado, además de todos los riesgos para sus compatriotas varones, está amenazada la integridad física de las inmigrantes por el riesgo omnipresente añadido de abuso sexual a manos de proxenetas inmigrantes varones y hasta agentes de policía o funcionarios de inmigración. Aunque sean víctimas, sin embargo, se sigue calificando a estos inmigrantes indocumentados de delincuentes por su condición de inmigrantes y por los delitos que pueden haber cometido [...]

Consecuencias de las leyes y políticas de inmigración para la trata y la migración

[...]

A la relatora especial le preocupa la aparente relación entre las políticas proteccionistas contra la inmigración y el fenómeno de la trata. [...] La documentación muestra que políticas de exclusión inflexibles, impuestas a fuerza de severas penas y deportación, alimentan la trata. La disponibilidad de trabajadores migratorios legales, objeto de reglamentación y análisis oficiales, reduce la dependencia de quien procura salir del país para buscar trabajo de terceros. Es menos probable que las economías basadas en la trata —resultado de la combinación de oferta, demanda e ilicitud— prevalezcan cuando existen oportunidades de trabajo para trabajadores migratorios legales.

Cada vez más, países altamente industrializados como los de Europa, América del Norte y Asia han impuesto restricciones a la inmigración lícita a largo plazo. En esos países son cada vez más frecuentes regímenes firmes de lucha contra la inmigración, que los gobiernos justifican como un componente de la política racional de proteccionismo y disuasión por necesidades económicas.

**Manifiesto de las trabajadoras sexuales
Calcuta, 1997⁶⁸**

Extractos

[...]

Como muchas otras ocupaciones, el trabajo sexual también es un oficio, probablemente uno de los más antiguos del mundo porque suple una demanda social importante. Pero la palabra “prostituta” casi nunca se usa para referirse a un grupo que realiza un oficio y que se gana la vida con la venta de servicios sexuales, sino como un término descriptivo que denota una categoría homogénea, casi siempre de mujeres que amenazan la salud pública, la moralidad sexual, la estabilidad social y el orden cívico.

Dentro de las fronteras de este discurso nos encontramos sistemáticamente como el blanco de los impulsos moralizantes de los grupos sociales dominantes, a través de misiones de limpieza y sanidad, de campañas materiales y simbólicas. Si acaso aparecemos en la agenda política o del desarrollo, estamos imbricadas en prácticas discursivas y proyectos prácticos cuya finalidad es rescatarnos, rehabilitarnos, mejorarnos, disciplinarnos, controlarnos o imponernos vigilancia policiva. Las organizaciones de caridad tienden a querer rescatarnos y ponernos en hogares “seguros”, las organizaciones de desarrollo buscan “rehabilitarnos” a través de proyectos productivos que a duras penas permiten la subsistencia, y la policía parece obsesionada con hacer redadas a nombre de la necesidad de controlar un tráfico “inmoral”.

Aun en los discursos que nos ven de manera menos negativa, nos estigmatizan y excluyen. Como víctimas sin poder, pobres abusadas sin recursos, nos brindan su lastima. También aparecemos en la literatura y el cine popular como personajes secundarios que siempre están dispuestos a sacrificarse por el bienestar del héroe, renunciando a nuestros ahorros, clientes, “pecados” e incluso a nuestras vidas para su bienestar o el de la sociedad. En cualquier caso se nos niega la posibilidad de gozar de la plena ciudadanía y se nos relega a los márgenes de la sociedad y de la historia.

El tipo de opresión al que se somete a la trabajadora sexual no es permitido en ningún otro trabajo. Y la justificación es que el trabajo sexual no es trabajo porque es moralmente repugnante. Al mantener a la prostitución oculta bajo la fachada de la moralidad sexual y del orden social, se impide que tenga, como los otros oficios, la legitimidad para presentar demandas y discutir los derechos y necesidades de las trabajadoras de la industria sexual.

⁶⁸ Disponible en <http://www.bayswan.org/manifest.html>. Traducción de la autora.

La gente que se interesa por nuestro bienestar, y muchas están sinceramente preocupadas, a menudo no pueden pensar más allá de rehabilitarnos y de eliminar la prostitución del todo. Sin embargo sabemos que rehabilitarse es imposible: la sociedad nunca olvida nuestra identidad de prostitutas. ¿Pero es deseable la rehabilitación?

En un país como el nuestro, donde el desempleo tiene unas proporciones gigantescas, ¿de dónde sale la compulsión de sacar a millones de hombres y mujeres de un oficio que le produce ingresos para mantenerse a sí mismos y a sus familias? Si otros trabajadores que sufren también situaciones de explotación pueden organizarse para mejorar su situación de trabajo, ¿por qué no pueden hacerlo las prostitutas para mejorar las condiciones en las que practican su oficio, permanecer en la industria del sexo y exigir un mejor trato en su vida y en su trabajo? [...]

Naciones Unidas, Consejo Económico y Social
Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas,
especialmente mujeres y niños
28 de noviembre de 1998

Extractos

[...]

- a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;
- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;
- d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años.

Ley 985 de 2005
Reforma del Código penal de Colombia

Extractos

Artículo 188A. *Trata de personas*. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

Decreto 234 de 2005
Reforma del Código penal de Honduras

Extractos

Art. 149. Incurrir en el delito de trata de personas quien facilite, promueva o ejecute el reclutamiento, la retención, el transporte, el traslado, la entrega, la acogida o la recepción de personas, dentro o fuera del territorio nacional, con fines de explotación sexual comercial y será sancionado con pena de ocho (8) a trece (13) años de reclusión y multa de ciento cincuenta (150) a doscientos cincuenta (250) salarios mínimos.

Art. 149-C. El acceso carnal o actos de lujuria con personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años de edad realizadas a cambio de pago o cualquier otra retribución en dinero o especie a la persona menor de edad o a una tercera persona será sancionado con pena de seis (6) a diez (10) años de reclusión.

Ley 1160
Código penal de la República del Paraguay

Extractos

Artículo 129. Trata de personas 1° El que mediante fuerza, amenaza de mal considerable o engaño, condujera a otra persona fuera del territorio nacional o la introdujera en el mismo y, utilizando su indefensión la indujera a la prostitución, será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis años.

Cuestiones a debatir

Las discusiones sobre la mejor forma de tratar la prostitución y el tráfico de personas desde el derecho se enmarcan en un contexto global en el que coinciden el interés por proteger los derechos humanos, especialmente los derechos de las mujeres, con el interés de los países desarrollados por frenar la inmigración ilegal. No es poca la presión que ejerce Estados Unidos en la región para que los países adopten legislaciones acordes con el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, y para que además ataquen con vigor el tráfico de personas.⁶⁹ La legislación estadounidense establece una serie de mecanismos para controlar la acción de otros países en este sentido. Así, el Departamento de Estado, en su informe sobre derechos humanos, debe incluir un reporte sobre la situación de las acciones tomadas por los demás países para combatir el tráfico de personas, y además establece mecanismos para evaluar estas acciones. Cuando un país no cumple satisfactoriamente con los requisitos exigidos, se arriesga a perder la ayuda de Estados Unidos, e incluso a ser objeto de sanciones económicas. Esta política tiene un impacto en la legislación en la región, y le da un cariz particular.

Preguntas

Asuma una posición frente a las siguientes preguntas:

1. ¿Hay tráfico de personas si hay consentimiento? ¿Qué quiere decir el consentimiento en estas circunstancias?
2. ¿Cómo se concibe el consentimiento en la trata de personas según la definición que da de la trata Radhika Coomaraswamy y de acuerdo con el manifiesto de las prostitutas de Calcuta?
3. Explique el alcance y las razones que justifican la siguiente afirmación: “Toda trata es o debería ser ilegal pero no toda migración ilegal es una trata”.
4. ¿Qué posición sobre el tema del consentimiento y el trabajo sexual se puede inferir del “Manifiesto de las trabajadoras sexuales de Calcuta”? ¿De qué manera las normas y políticas para prevenir la trata pueden afectar las condiciones de las trabajadoras sexuales?
5. Analice las normas de Colombia, Paraguay y Honduras en lo que concierne al tráfico de personas, y compárelas con el protocolo adoptado por las Naciones Unidas. ¿Cuál reglamentación protege mejor el derecho a la vida y a la dignidad

⁶⁹ Estados Unidos, *Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000*. Disponible en www.state.gov/documents/organization/10492.pdf.

de las mujeres objeto de tráfico de personas? ¿Considera usted que alguna de estas normas privilegia la lucha anti-inmigración ilegal? ¿Por qué?

6. Explique de qué manera las “políticas de exclusión inflexibles, impuestas a fuerza de severas penas y deportación, alimentan la trata”.

7. ¿Existe a su juicio una relación necesaria entre las políticas protectoras de derechos humanos para prevenir la trata y las políticas contra la inmigración? ¿Cómo prevenir la trata sin dirigir la acción contra la inmigración? Analice la viabilidad jurídica y política de que los países cumplan el requisito de demostrar que han tomado acciones para combatir el tráfico de personas sin haber adoptado medidas contra la inmigración ilegal.

La mirada de los jueces
Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana
Tomo 2

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Ciencias Sociales y Humanidades

Colección
Equidad y Justicia

Directora
Cristina Motta

Comité editorial

Rodolfo Arango
Paola Bergallo
Luisa Cabal
Roberto Gargarella
Ángel Nogueira

La mirada de los jueces
Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana
Tomo 2

Cristina Motta y Macarena Sáez

Editoras académicas

REDALAS



Siglo del Hombre Editores

LAW
WASHINGTON COLLEGE OF LAW
LAW
AMERICAN UNIVERSITY

**CENTER
FOR
REPRODUCTIVE
RIGHTS**

La mirada de los jueces / compiladores Cristina Motta y Macarena

Sáez. – Bogotá: Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights, 2008.

2 v.; 24 cm.

Incluye bibliografía e índice.

Contenido: v.1 Género en la jurisprudencia latinoamericana. – v. 2 Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana

1. Mujeres - Condiciones sociales - América Latina 2. Igualdad de la mujer - América Latina 3. Derechos de la mujer - América Latina 4. Derecho de familia - América Latina 5. Sexualidad - Aspectos sociales - América Latina 6. Heterosexualidad - América Latina 7. Homosexualidad - Legislación - América Latina I. Motta, Cristina, comp. II. Sáez, Macarena, comp.

305.4098 cd 21 ed.

A1155330

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis-Ángel Arango

*La investigación, edición y publicación de este libro
ha sido posible gracias al generoso apoyo
de la Fundación Ford y del Centro de Derechos Reproductivos
de la Universidad de Toronto*

La presente edición, 2008

© Siglo del Hombre Editores
www.siglodelhombre.com

© American University
Washington College of Law
www.wcl.american.edu

© Center for Reproductive Rights
www.reproductiverights.org

Carátula
Alejandro Ospina

© Guillermo Wiedemann, *Dos cabezas*, Ca. 1956,
acuarela sobre papel, 55,5 x 75 cm
Sala Wiedemann, Casa de la Moneda, Bogotá
Cortesía Colección Banco de la República
de Colombia, registro 1912

Armada electrónica
Ángel David Reyes Durán

ISBN Obra completa: 978-958-665-110-3
ISBN Tomo 2: 978-958-665-112-7

Impresión
Panamericana Formas e Impresos S.A.
Calle 65 N° 95-28 Bogotá D.C.

Impreso en Colombia-*Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro sin el permiso previo por escrito de la Editorial.

ÍNDICE GENERAL

Tomo 2

SEXUALIDADES DIVERSAS

Capítulo uno. Las familias más allá de la heteronormatividad *Por Juan Marco Vaggione*

Las personas LGBTQ en familias	17
Superar la heteronormatividad del razonamiento judicial	21
I. Parejas del mismo sexo	23
A. Problema: régimen patrimonial de las parejas homosexuales. Las políticas de la dignidad.....	33
II. Paternidades y maternidades <i>queer</i>	45
A. Primer problema: la adopción	47
Las políticas de naturalización de la familia	53
B. Segundo problema: la guarda-tenencia	63
El interés superior de los menores: políticas de protección.....	67
III. La información científica como discurso legal	76
A. Problema: las pruebas, política de los datos.....	79

Capítulo dos. Violencia por prejuicio *Por María Mercedes Gómez*

I. Aspectos generales	90
A. Violencias.....	90
B. Prejuicio y prejuicio sexual	90

C. Heterosexualidad obligatoria	92
D. La construcción de la alteridad.....	93
E. Del prejuicio a la violencia	94
II. Las definiciones de “crimen de odio” en los Estados Unidos	96
A. Sobre la definición.....	99
B. Los modelos de leyes.....	102
C. Las leyes contra los crímenes de odio: ¿hay que tenerlas?.....	108
III. Legislación contra la violencia por prejuicio sexual. Estado actual de los derechos humanos de las personas LGBTQ en América Latina.....	122
A. Legislación.....	123
Países que cuentan con leyes contra los crímenes de odio.....	123
Países que cuentan con leyes contra la discriminación	124
Países que cuentan con artículos que legitiman la orientación sexual como categoría dentro del derecho a la igualdad	125
B. Informes de derechos humanos LGBTQ en Argentina, Chile, Colombia, México y Perú	128
Argentina	128
Chile.....	128
Colombia	130
México	131
Perú.....	132
IV. Análisis de casos	133
A. Primer problema: invisibilidad	134
El papel de la policía y los fiscales en la identificación de los casos.....	134
Victimización secundaria o doble victimización	139
El uso discrecional de las categorías	149
B. Segundo problema: el atenuante de emoción violenta, o ira e intenso dolor.....	168
C. Tercer problema: lo público.....	180

ÍNDICE DE FALLOS Y DOCUMENTOS

Tomo 2

Capítulo uno. Las familias más allá de la heteronormatividad

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007	35
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-814 de 2001	54
Juzgado de Letras Villarrica, Chile. Jaime López Allende contra Jacqueline Karen Atala Riffo. 29 de octubre de 2003	68
Corte Suprema de Chile. Jaime López Allende contra Jacqueline Karen Atala Riffo. 31 de mayo de 2004	71
Juzgado de Letras Villarrica, Chile. Jaime López Allende contra Jacqueline Karen Atala Riffo. 29 de octubre de 2003	80
Corporación Opción (Chile). AMICUS CURIAE. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Karen Atala Riffo e hijas contra el Estado de Chile.....	85

Capítulo dos. Violencia por prejuicio

Nota de prensa. “Coincidencias en muertes de homosexuales en Bogotá hacen sospechar de asesino en serie”. Diario <i>El Tiempo</i> . 10 de junio de 2006, Bogotá.....	135
Nota de prensa. “Móviles pasionales tras crimen de profesor universitario cubano”. Diario <i>El Tiempo</i> . 25 de febrero de 2007, Bogotá.....	140

Tribunal Regional de Derechos Sociales y Culturales de las Mujeres. Lima, julio de 2005	140
Informe MOVILH-DIVINE. La justicia que merecen las víctimas	150
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1096 de 2004.....	156
Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda. Proceso 2002-00135. 7 de junio de 2004. Tribunal Superior del Distrito Judicial. Sala de Decisión Penal. Pereira. Agosto de 2004. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal, Bogotá. Proceso 23093. 9 de febrero de 2005	170
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-301 de 2004.....	180

SEXUALIDADES DIVERSAS

Capítulo uno LAS FAMILIAS MÁS ALLÁ DE LA HETERONORMATIVIDAD

Juan Marco Vaggione¹

Las políticas sobre la familia se caracterizan, en la actualidad, por un antagonismo entre dos sectores principales que, articulando diferentes alianzas y discursos, responden a definiciones opuestas sobre la sexualidad. Aunque heterogéneos, estos sectores construyen de manera diferenciada la legalidad y legitimidad de las personas y parejas LGBTQ² en las relaciones familiares. Este antagonismo responde, en gran medida, al enfrentamiento sobre el reconocimiento —legal y social— que se le debe otorgar a los arreglos familiares que se constituyen al margen de la definición tradicional de familia. Uno de los conflictos centrales de la política contemporánea, a escala nacional y transnacional, se da entre aquellos que defienden la familia como institución social única basada esencialmente en

¹ Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Agradece la colaboración de Leticia Gavernet como asistente en la realización de este capítulo.

² En los dos capítulos de esta segunda parte se usa la sigla LGBT o LGBTQ para nombrar a los individuos o grupos que se autodefinen en disidencia frente a la norma. L por lesbianas, G por hombres gay, B por bisexuales, T por trans —travestís, transexuales y personas transgénero—. Aunque como toda sigla reduce la multiplicidad de identificaciones, ésta ha sido históricamente incluyente y por eso tiene variaciones. La sigla LGBT se usa cuando se citan fuentes u organizaciones que así se definen; a ésta los autores le agregan la letra Q cuando se incluye a las personas *queer*. El término *queer*, original del inglés, no ha tenido una traducción apropiada al español. Su traducción literal sería “raro”, “rara”, pero su valor político radica en que alude a prácticas de resistencia contra la explicación absoluta del mundo social a partir de binarios jerárquicos, sean éstos de género, orientación sexual o raza, entre otros (la letra “q”, en inglés, incluye también la idea de *questioning*, que se refiere a las personas cuya identidad está en cuestionamiento).

la heterosexualidad, y los que rompen con este esquema y sostienen que la familia debe ser reconocida como una realidad múltiple y diversa —las personas y parejas LGBTQ hacen parte de esa diversidad—.

Entre los que defienden una concepción única de familia en Latinoamérica se destaca la jerarquía de la Iglesia católica y sus sectores aliados. Para la Iglesia, defender la familia es una forma de defender la cultura latinoamericana, amenazada por las demandas de los movimientos feministas y por la diversidad sexual.³ Esta defensa se lleva a cabo de formas diversas y complejas, y ha convertido en obsoletos los marcos teóricos que dan sentido al fenómeno religioso. Por un lado, la jerarquía de la Iglesia católica continúa siendo el principal opositor político a la sanción de leyes y a la articulación de políticas públicas favorables a los derechos sexuales y reproductivos. La clara legitimidad de la Iglesia y de sus representantes,⁴ sumada a la que en cambio no tienen los políticos en la región, limitan la autonomía de gobernantes y legisladores que, a cambio de defender la idea que tiene la religión sobre la familia, recurren a la jerarquía católica en busca de apoyo. Por otra parte, a la frágil separación institucional entre Estado e Iglesia en la mayoría de los países latinoamericanos, se agrega el alto impacto que tiene la Iglesia como actor político en la región, su poder para delimitar la agenda pública y ejercer influencia en las decisiones gubernamentales.⁵ El *lobby* que hacen los representantes de la Iglesia católica con legisladores y jueces es un freno importante para el cambio del sistema legal y de la jurisprudencia que institucionaliza una concepción tradicional de familia.

³ Afirmaciones de este tipo ya son comunes. Lo han sido y lo son en los discursos y documentos de los últimos dos Papas. Por ejemplo, la “Carta a los obispos de la Iglesia católica sobre la colaboración del hombre y la mujer en la Iglesia y en el mundo”, preparado por la Congregación para la Doctrina de la Fe en el año 2004, responsabiliza al “feminismo radical de los últimos años porque induce a la mujer a creer que para ser ella misma tiene que convertirse en antagonista del hombre, llegando a una rivalidad extrema entre sexos, en que la identidad y el rol de uno son asumidos en desventaja del otro”. En el año 2006, el Consejo Pontificio para la Familia sanciona el documento “Familia y procreación humana”, en el que se dice que el movimiento feminista ha reforzado una visión “individualista del hombre y de la mujer” (ambos documentos pueden consultarse en la página web del Vaticano: <http://www.vatican.va>).

⁴ En los países latinoamericanos, la Iglesia católica es la institución que registra el mayor índice de confianza ciudadana. En la mayoría de los casos supera el 70%. Ver el “Informe de prensa” del año 2006 del Latinobarómetro, en el que se presentan los datos de encuestas realizadas en dieciocho países, y se evidencia que la Iglesia es la institución con los más altos índices de confianza en los últimos diez años en la región (www.latinobarometro.org/fileadmin/documentos/prensa/Espanol/Informe_Latinobarometro_2006.pdf).

⁵ Ver Juan Marco Vaggione, “Los derechos sexuales y reproductivos y el activismo religioso. Nuevas estrategias para su efectivización en Latinoamérica,” disponible en www.red-alas.org/concurso/concursoframe.htm.

Pero la institucionalización de un modelo único de familia también se sostiene por la influencia de los actores y discursos religiosos en la población. El modelo único de familia no sólo lo mantiene el poder político de la jerarquía en lo legal, sino también la construcción de una matriz cultural que sostiene el catolicismo y que influye en las construcciones morales y legales de la población en general. La religiosidad continúa siendo la variable que mejor predice la actitud de la población hacia los derechos sexuales y reproductivos. A mayor cercanía e identificación con la religión —particularmente con aquellas que como el catolicismo defienden una concepción tradicional—, mayor resistencia a los derechos sexuales y reproductivos. El caso más notable lo constituye el importante número de organizaciones no gubernamentales, conocidas como pro-vida o pro-familia,⁶ y formadas por ciudadanos que, identificados con la doctrina católica, se movilizan en defensa de las legislaciones restrictivas sobre género y sexualidad que existen en la región.⁷ La influencia de la religión se manifiesta también en legisladores y jueces, pues para muchos de ellos, sin que necesariamente exista presión externa de la jerarquía eclesial, las creencias religiosas continúan siendo una dimensión central al momento de tomar decisiones sobre la regulación legal de la sexualidad.⁸ La forma en que religión y moral suelen fundirse, y la influencia histórica de la Iglesia en la cultura latinoamericana son también barreras a las reformas legales que necesitan las sociedades pluralistas.

En las últimas décadas, sin embargo, la familia como orden simbólico ha comenzado a redefinirse a partir de la creciente presencia de los movimientos feministas y de la diversidad sexual⁹ que, entre otros factores, ya ejercen presión

⁶ Para un análisis de estas organizaciones en los Estados Unidos, ver Michael W. Cuneo, *The Smoke of Satan*, Oxford University Press, New York, 1997, y Mary Jo Appleby y R. Scout Weaver, eds., especialmente la Introducción, en *Being Right: Conservative Catholics in America*, Indiana University Press, Bloomington, 1995.

⁷ En Latinoamérica se destaca la presencia de Vida Humana Internacional (Human Life International-HLI), con oficinas en prácticamente todos los países de la región. A HLI se suma un número creciente de organizaciones, la mayoría católicas, cuya función principal es reforzar la definición tradicional de familia. Además de haber generado redes internacionales, muchas de estas organizaciones participan en los congresos mundiales sobre la familia que, desde 1997, buscan conformar una agenda única en defensa de la institución.

⁸ Ver Juan Marco Vaggione, “Dios y la ley. Las influencias religiosas en el derecho”, *Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Editorial Lerner, Buenos Aires, noviembre de 2005; Rosa María Rodrigues de Oliveira, “Isto é contra a natureza... uma observação de acórdãos judiciais e entrevistas com magistrados sobre conjugalidades homoeróticas em três estados brasileiros”, en Anna Paula Uziel, Luiz Mello, Miriam Pillar Grossi, eds., *Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis*, Garamond, Rio de Janeiro, 2007.

⁹ El término movimiento se utiliza de manera amplia por la diversidad sexual: abarca tanto el activismo de la sociedad civil como el impacto que el mismo ha tenido en la academia.

sobre el Estado y la sociedad política para que cambien los sistemas legales imperantes. El objetivo de estos movimientos es desinstitucionalizar la definición tradicional de familia, la que considera que la familia legal y legítima es la unión entre un hombre y una mujer, y que el objetivo principal de esa unión es la reproducción. Aunque ésta sigue siendo la definición privilegiada, su posición hegemónica como construcción se ha debilitado, lo que ha permitido empezar a entender la familia como un orden plural. Por un lado, se ha visibilizado demográficamente la existencia de diversos tipos de arreglos familiares que superan la concepción estrecha que defiende la postura tradicional, en particular los hogares monoparentales de mujeres. Por otro lado se ha criticado la concepción tradicional que se pretende universal y natural, y se ha puesto en evidencia que tiene una historia específica y que responde a relaciones de poder determinadas. La desnaturalización de la concepción tradicional, gracias a la diversidad social existente o al registro histórico de su existencia, permite abrir el espacio para que el pluralismo sea aceptado como constitutivo de los arreglos familiares.

Los movimientos feministas y los que abogan por la diversidad sexual critican la concepción tradicional/natural de familia porque enmascara regímenes de dominación. Se caracteriza, en primer lugar, por ser patriarcal: el hombre es ubicado en una situación de privilegio frente a la mujer. La división de roles de la familia, en la que la mujer es relegada a lo doméstico, a la esfera privada, a la reproducción, constituye una forma de dominación que el feminismo lleva décadas denunciando. En segundo lugar, la concepción tradicional de familia es heteronormativa: la heterosexualidad se constituye en la norma desde la cual se regulan las barreras morales y legales. Sólo las parejas heterosexuales constituyen un arreglo afectivo posible de ser reconocido por el Estado y la sociedad como núcleo legítimo de las familias contemporáneas. A las personas LGBTQ se las ubica en los márgenes de la definición de familia, y son “toleradas” siempre y cuando mantengan sus vínculos familiares en la invisibilidad e ilegalidad.

Un elemento común del patriarcado y la heteronormatividad como sistemas de dominación, que caracteriza también la definición tradicional de familia, es el entender la sexualidad como una función principalmente reproductiva. La Iglesia católica ha sido y es una de esas instituciones que sostienen que la moralidad y la legalidad de la sexualidad se adscriben al que consideran su fin esencial, esto es, la reproducción. En este esquema, las mujeres son definidas a partir de sus capacidades reproductivas, y “sujetas” por ello a la regulación e interés del Estado, de la sociedad y de los hombres. Las parejas del mismo sexo se ven como la negación de esas capacidades reproductivas y, por ende, como la negación de la familia y del matrimonio definidos a la manera tradicional. La fuerte conexión entre sexualidad y reproducción margina a las mujeres y a las personas y parejas LGBTQ.

LAS PERSONAS LGBTQ EN FAMILIAS

El movimiento por la diversidad sexual se ha convertido en los últimos años en un actor político fundamental en la búsqueda de la desinstitucionalización legal y cultural del concepto tradicional de familia. El movimiento ha sido particularmente exitoso porque logró hacer visible la presencia de las personas LGBTQ como parte de las familias contemporáneas e iniciar la discusión. Como parejas, como progenitores o como hijos, las personas LGBTQ desafían las construcciones religiosas, morales y legales imperantes sobre la familia. Desafían en particular un sistema de dominación heteronormativo y se cuestiona la heterosexualidad como requisito esencial para la constitución de parejas y para la procreación. Ni el matrimonio ni la paternidad o maternidad requieren parejas de distinto sexo, ni necesariamente, tampoco, exigen la heterosexualidad. A partir de la defensa de estos dos aspectos, hacen estallar los presupuestos básicos sobre los que se asienta la familia tradicional que por años ha regido de manera hegemónica en Latinoamérica.

Tras décadas de activismo se ha logrado que la legislación y la jurisprudencia internacional comiencen a cambiar, a abrir un espacio para la legalidad y la legitimidad de definiciones de familia que van más allá de la heteronormatividad. Los sistemas legales que regulan las relaciones familiares están produciendo cambios importantes en diferentes países del mundo. Acompañando la creciente legitimidad de la diversidad sexual, a las personas LGBTQ se les está reconociendo una mayor legalidad como parte de las relaciones familiares; así, las formas en las que la familia es legalmente constituida empiezan a redefinirse.

Sin embargo, en el movimiento mismo por la diversidad sexual existe una tensión importante en relación con la forma de superar la marginación de las personas LGBTQ en el marco regulatorio de la familia. La tensión se debe a la marcada heterogeneidad del movimiento, que abarca tanto a los actores como a las estrategias políticas que unos y otros privilegian. En cuanto a los actores, el movimiento engloba una lista abierta entre las que se destacan, entre otras personas, lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgéneros. Aunque comparten el régimen de exclusión y discriminación que los priva de reconocimiento y de derechos —al menos parcialmente—, cada uno de ellos tiene sus propias demandas y especificidades, no siempre fáciles de conciliar. La situación de los gays y de las lesbianas, por ejemplo, no se puede equiparar: aunque ambos son marginados en razón de su sexualidad, las lesbianas sufren además la opresión del patriarcado como sistema de dominación. Las personas trans, aquellas que se identifican con un sexo o género diferente al de su nacimiento, no sólo cuestionan las concepciones dominantes de sexualidad, sino que también ponen en jaque el sistema binario de la diferencia sexual (hombre/

mujer).¹⁰ Esta heterogeneidad, finalmente, debe ser pensada en su interseccionalidad, con dimensiones como la clase, la raza y las discapacidades, dimensiones éstas que generan situaciones diferenciales entre los múltiples actores.

Por supuesto, al momento de priorizar las demandas, esta heterogeneidad tiene consecuencias políticas. Como se analiza más adelante, una de las exigencias centrales del movimiento por la diversidad sexual es el matrimonio entre personas del mismo sexo. Más allá del análisis crítico que se pueda hacer de esta demanda, la incorporación de las parejas del mismo sexo a la institución del matrimonio poco tiene que ver con la problemática que, frente a dicha institución, tienen, por ejemplo, las personas trans, a las que se les niega incluso sus derechos ciudadanos básicos como el derecho al nombre, a circular libremente o a un trabajo digno.¹¹ Lo que les permita formalizar sus relaciones de pareja —en caso de quererlo así— no debería ser la legalidad del “matrimonio homosexual”, sino el reconocimiento de una identidad de género diferente a la asignada al momento de nacer, y además sin que necesariamente se deban someter a medidas quirúrgicas de normalización del cuerpo.¹² Aunque alguna jurisprudencia reconoce la validez del matrimonio en personas trans,¹³ en general persisten fuertes barreras, y no son éstas, precisamente, las que se intenta modificar a partir de la legitimación del matrimonio de personas del mismo sexo. La heterogeneidad propia del movimiento por la diversidad sexual no debe ser invisibilizada —o despolitizada— para darle prioridad a ciertas demandas que sólo tocan directamente a ciertos sectores.

Más allá de la heterogeneidad de los actores, aunque en fuerte conexión, hay también una tensión ideológica respecto a la forma de definir y analizar el sistema de dominación sobre la sexualidad, así como sobre las estrategias políticas que se deben implementar para superarla. El argumento principal de la

¹⁰ Un análisis en profundidad sobre el tema se puede consultar en Diana Maffia, comp., *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Feminaria Editora, Buenos Aires, 2003; Josefina Fernández, *Cuerpos desobedientes. Travestismo e identidad de género*, Edhasa, Buenos Aires, 2004.

¹¹ Lohana Berkins y Josefina Fernández, *La gesta del nombre propio. Informe sobre la situación de la comunidad travesti en la Argentina*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2005.

¹² Ver Mauro Cabral y Paula Viturro, “(Trans)Sexual Citizenship in Contemporary Argentina”, en Paisely Currah, Richard Juang y Shannon Minter Price, eds., *Transgender Rights*, University of Minnesota Press, Minnesota, 2006.

¹³ En los Estados Unidos, por ejemplo, la jurisprudencia sobre el tema es compleja. Existen casos judiciales en los que se consideró la validez de los matrimonios en los que una de las partes se había realizado una operación de reasignación de sexo. Sin embargo, algunas cortes han decretado la invalidez de estos matrimonios porque consideran que el sexo de la persona es el de nacimiento. Información del Transgender Law and Policy Institute disponible en www.transgenderlaw.org/resources/translaw.htm#_ftnref38.

primera postura, basada particularmente en discursos de derechos, es lograr una sociedad más justa a partir de la inclusión de las minorías sexuales, y reclamar el principio de igualdad ciudadana. La opresión a la que son sujetas las personas y parejas LGBTQ requiere estrategias políticas que pueden definirse como de asimilación, estrategias que permitan modificar los sistemas legales vigentes y se abra espacio a estos individuos como sujetos legítimos del derecho. Así, diversas temáticas de derecho público como la seguridad social, las pensiones y jubilaciones, los principios de inmigración o de derecho privado como cuestiones sucesorias y de alimentos¹⁴ están siendo modificadas para incorporar la situación de las parejas del mismo sexo.

La estrategia privilegiada es inscribir políticamente a las minorías sexuales como sujetos de derecho —con énfasis en gays y lesbianas—, denunciando al mismo tiempo la discriminación de los sistemas legales vigentes. La función política del movimiento por la diversidad sexual consiste en presionar al Estado y a la sociedad política para lograr reformas legales que protejan a los grupos que son excluidos por su sexualidad. Así, se proponen proyectos de ley y reformas legales, y se emprende un trabajo de lobby con los integrantes de los poderes Legislativo y Judicial para que modifiquen las regulaciones jurídicas existentes. Como se analiza en detalle en este capítulo, el discurso de derechos ocupa un lugar importante en el movimiento por la diversidad sexual, y ha conseguido importantes avances en el reconocimiento de las parejas del mismo sexo y en la defensa de las personas LGBTQ como padres y madres.

Desde una política más transgresora, asociada a la teoría *queer*, el movimiento por la diversidad sexual no debiera orientarse tanto a obtener derechos que permitan la inclusión de las personas LGBTQ en las definiciones prevalecientes de familia, sino más bien a hacer estallar (*queering*) esas definiciones. La teoría *queer* cuestiona la idea de una sexualidad “normal” que “legitima y privilegia la heterosexualidad y las relaciones heterosexuales como fundamentales y naturales en las sociedades”.¹⁵ Esta posición implica revisar cómo la “sexualidad, el género, la raza, y la opresión y el privilegio de clase se han amalgamado en una visión dominante de familia”¹⁶ en las sociedades contemporáneas. Un acercamiento que sólo se preocupa por el tema de los derechos no desafía al poder y sólo logra que algún sector de las minorías sexuales —aquéllos econó-

¹⁴ Ver Graciela Medina, *Uniones de hecho: homosexuales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.

¹⁵ Cathy J. Cohen, “Punks, Bulldaggers, and Welfare Queen: The Radical Potential of Queer Politics?” en E. Patrick Johnson y Mae G. Henderson, eds., *Black Queer Studies*, Duke University Press, Durham, 2005, p. 24.

¹⁶ Valerie Lehr, *Queer Family Values. Debunking the Myth of the Nuclear Family*, Temple University Press, 1999, p. 10.

micamente más acomodados— puedan acceder a esos privilegios, reforzando tal vez la marginación de otros sectores. La liberación de las personas LGBTQ está en la posibilidad de deconstruir las políticas de normalización que se conectan con la esencialización de las identidades; esencialización que es un riesgo en las posturas que privilegian acriticamente la sanción de derechos.

La teoría *queer* pide una política más radical, una política de transgresión. En vez de buscar la incorporación a una matriz heterosexual de derechos, habría que cambiar la matriz misma, evidenciando la manera en que la heterosexualidad se construye como privilegiada. Lo que se debe lograr es romper con la naturalización o normalización de ciertas identidades sexuales y de género, y para ello es imprescindible deconstruir las formas en las que la sexualidad se ha ido institucionalizando. La estrategia política de esta postura respecto al derecho es diferente. En vez de pedir la incorporación de las personas LGBTQ a las distintas instituciones que regulan la familia, como el matrimonio, se debe proponer la deconstrucción de estas instituciones. En particular se debe denunciar cómo fortalecen la heteronormatividad y sostienen la “heterosexualidad obligatoria”.¹⁷ La estrategia “asimilacionista” fortalece el sistema estructural de dominación mediante la “normalización del sujeto homosexual”. Si bien esta normalización posibilita el acceso a derechos antes negados, al mismo tiempo inscribe un ideal de respetabilidad que diferencia a los homosexuales “buenos” de los “malos”, de los no respetables, de los que deben ser excluidos de los discursos de ciudadanía.¹⁸ El derecho, como sistema de dominación, es uno de los constructores y sostenedores de la heteronormatividad: el discurso legal es un sitio importante desde el cual se regula la sexualidad y se sostiene la división entre homo y hetero.¹⁹ El esencialismo que generalmente acompaña el reclamo de los derechos de gays y lesbianas no logra desafiar el sistema de dominación, pues implica el riesgo de caer en las tendencias normalizadoras del discurso legal liberal.²⁰ Más que un énfasis en las reformas legales, la teoría *queer* privilegia una dimensión política capaz de denunciar y superar el régimen

¹⁷ La heterosexualidad obligatoria o “compulsory heterosexuality” es el presupuesto de que la heterosexualidad es universal y obligatoria; que los hombres se encuentran naturalmente atraídos por las mujeres, y viceversa. Adrienne Rich introdujo este concepto en un ensayo de 1980 (Adrienne Rich, “Heterosexualidad obligatoria y existencia lesbiana”, en *Sangre, pan y poesía. Prosa escogida 1979-1985*, Icaria, Barcelona, 2001).

¹⁸ Ver Carl F. Stychin, *Law's Desire: Sexuality and the Limits of Justice*, Routledge, New York, 1995.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Ver Lise Gotell, “Queering Law: Not by Vriend”, *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 17, N° 1, 2002.

de dominación que impera mediante —particularmente y en primer lugar— la deconstrucción de la heterosexualidad.²¹

La tensión que genera la heterogeneidad de los actores y las diferentes construcciones de diagnósticos y estrategias es, en cierto modo, irreducible, y más allá de la postura que se adopte, es parte constitutiva de las políticas sobre sexualidad en las sociedades contemporáneas. Gran parte de las personas LGBTQ necesitan que el derecho reconozca y proteja sus arreglos familiares en pie de igualdad con las uniones heterosexuales.²² Sin embargo, es cierto que este tipo de demandas implican el riesgo de terminar reforzando la familia como una institución de control social, ampliando su definición e incorporando —al menos parcialmente— “nuevos” sujetos —gays y lesbianas, generalmente— a costa de otros —de las personas trans, por ejemplo—. El derecho es un importante productor de subjetividades e identidades, y por lo tanto muchos de los “avances” relacionados con la diversidad sexual vienen con el costo de institucionalizar aún más construcciones de sexualidad fuertemente esencializadas, es decir, se corre el riesgo de reforzar la heteronormatividad como sistema de dominación. La ambigüedad central del derecho reside en que al mismo tiempo que puede ser un instrumento eficaz contra la discriminación y a favor del reconocimiento de las minorías sexuales —o al menos de algunas de ellas—, puede también limitar las posibilidades de un cambio más sustantivo.²³ Es importante recordar que la “lucha” por nuevos derechos debe ser constantemente rescatada como una lucha política en la que la reasignación de derechos es sólo estratégica, esto es, que por sí misma no implica democratización.

SUPERAR LA HETERONORMATIVIDAD DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

La heteronormatividad continúa siendo, sin duda, un sistema de dominación predominante tanto en lo cultural como en lo legal. Este conglomerado de principios morales, religiosos y legales también ha ejercido influencia en el razonamiento judicial y ha fortalecido la heterosexualidad como el principio regulador en las relaciones de familia. Jueces y juezas tienen una responsabilidad importante en la continuidad de la marginación de las personas LGBTQ. Con el argumento de la defensa de los menores o de la familia como institución social,

²¹ Con el fin de hacer evidente que no se trata de una categoría homogénea ni estable.

²² El porcentaje de personas LGBTQ a favor del reconocimiento formal de las parejas y del derecho a adoptar es claramente mayoritario. Ver, por ejemplo, los datos de una encuesta realizada en el año 2005 durante la marcha del orgullo. Los datos fueron publicados en Daniel Jones, Micaela Libson y Renata Hiller, comps., *Sexualidades, política y violencia: la marcha del orgullo GLTTBI Buenos Aires 2005*, Antropofagia, Buenos Aires, 2006.

²³ L. Gotell, “*Queering Law: Not by Vriend*”, *op. cit.*

las decisiones judiciales contribuyen en muy buen grado a institucionalizar el sistema cultural que construye y naturaliza la heterosexualidad como posibilidad única.

Aunque poderosa aún, se puede afirmar que la heteronormatividad dejó de ser un sistema hegemónico. La influencia del movimiento por la diversidad sexual a escala nacional y transnacional ha quebrado la hegemonía heteronormativa, ha posibilitado el reconocimiento de derechos favorables a las personas y parejas LGBTQ. Esto no implica, por supuesto, que dicha dominación se haya desmantelado. Al contrario, precisamente la ruptura de la heteronormatividad como régimen hegemónico ha exacerbado la reacción de los sectores que se oponen al pluralismo. El retroceso de los derechos sexuales y reproductivos en los Estados Unidos, por un lado, y la fuerte reacción en España cuando abrió el camino al matrimonio de personas del mismo sexo, por otro, son ejemplos de que los sectores que se oponen a estas reformas han repolitizado su postura para oponerse a las demandas de los movimientos feministas y por la diversidad sexual.²⁴ Considerando específicamente la situación de Latinoamérica, éste es un momento crucial: aunque el movimiento por la diversidad sexual ha logrado inscribir una mirada crítica a la heteronormatividad, la virulencia de los sectores que defienden el modelo tradicional de familia y sexualidad se ha intensificado. Por ello, los éxitos parciales de los últimos años en Latinoamérica, en relación con los derechos de las personas LGBTQ, necesitan más que nunca de la profundización del activismo, pues su vigencia es el resultado de un equilibrio fluctuante de fuerzas políticas.

El cambio que ha sufrido la vigencia de la heteronormatividad se ha manifestado también en el poder Judicial. Aunque los jueces y juezas que insisten en institucionalizar el privilegio heterosexual siguen siendo mayoría, es importante rescatar la existencia de corrientes del pensamiento judicial que comienzan a resquebrajar estos privilegios. La jurisprudencia existente en los distintos países latinoamericanos es dinámica y heterogénea. Distintas interpretaciones y posturas construyen la sexualidad de una manera plural y se alejan, así, de las definiciones que excluyen la diversidad sexual. Con el quiebre de algunos prejuicios, y al hacer visible el tratamiento injusto al que son sometidas las personas LGBTQ por parte del sistema legal, algunos sectores del poder judicial se han convertido en importantes actores para la profundización de los derechos sexuales y reproductivos. Por esto es fundamental destacar y politizar los pliegues ideológicos de la jurisprudencia sobre la sexualidad y mostrar cómo jueces

²⁴ Ver Juan Marco Vaggione, "Reactive Politicization and Religious Dissidence. The Political Mutations of the Religious", *Social Theory and Practice*, vol. 31, N° 2, abril de 2005.

y juezas han ido reconociendo los derechos de las personas y parejas LGBTQ, derechos a los que las leyes aún oponen resistencia.

La judicialización ha sido una estrategia exitosa para el activismo por la diversidad sexual. Las reformas legales responden a lógicas de acuerdos y de mayorías que muchas veces son difíciles de sortear. El poder Judicial, en cambio, está en capacidad de incorporar y reconocer la marginación a la que son expuestas las personas LGBTQ. Así, es cada vez más frecuente encontrar votos de jueces y juezas que, con una postura disidente, van legalizando y legitimando la diversidad sexual como una dimensión constitutiva de las sociedades contemporáneas. Desde la jurisprudencia se ha ido dotando a las personas LGBTQ de diversos derechos que desdibujan los contornos tradicionales del derecho en Latinoamérica cuando se regula la sexualidad. Muchos de los casos judiciales que se analizan en esta sección le han dado al derecho un importante dinamismo.

Esta sección presenta algunos razonamientos judiciales que han quebrantado la heteronormatividad como forma hegemónica. Cuando se observa el rol de las personas LGBTQ en las relaciones familiares se puede afirmar que el movimiento por la diversidad sexual ha logrado debilitar las construcciones hegemónicas en dos aspectos específicos:²⁵ en primer lugar, la diversidad sexual rompe con la definición tradicional de pareja como la unión de un hombre y una mujer, e inscribe a las parejas del mismo sexo como núcleo legítimo de las familias contemporáneas; en segundo lugar replantea el concepto de familia al hacer visibles a las personas LGBTQ como padres y madres, y reinscribiendo una nueva conexión entre sexualidad y reproducción.

I. PAREJAS DEL MISMO SEXO

Una de las demandas más politizadas del movimiento por la diversidad sexual es el pedido de reconocimiento formal para las parejas del mismo sexo. Si la actividad del movimiento se concentró en una etapa inicial en evitar la intervención del Estado en la regulación de la sexualidad —argumento principal contra las leyes de sodomía o contra los códigos de convivencia—, posteriormente comenzó a demandarle al Estado que regulara e incluyera la situación de las personas LGBTQ en el sistema legal. Entre las demandas de incorporación del movimiento LGBTQ —de asimilación, según algunos—, la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, o sean reconocidas legalmente, se ha convertido en una prioridad política.

El debate sobre este reconocimiento formal se caracteriza por la existencia de posturas difícilmente conciliables. Por un lado, están quienes afirman que

²⁵ No son las únicas, pero sí en las que probablemente ha habido más desarrollos.

el matrimonio es exclusivamente heterosexual, y que cualquier reconocimiento legal de las parejas que se aparten de esta norma implica “desnaturalizar” una institución central para el orden social. Desde esta postura, el reconocimiento a las parejas del mismo sexo, aun sin que el régimen matrimonial sufra modificación alguna, supone legitimar situaciones que deberían estar excluidas del reconocimiento estatal. En Latinoamérica, la Iglesia católica y sus sectores aliados son los principales representantes y defensores de esta posición. Desde el Vaticano y las jerarquías de las iglesias nacionales, el reconocimiento de los derechos de las personas y parejas LGBTQ se ha convertido en un tema central para la intervención política.²⁶

Una segunda posición sostiene que restringir el reconocimiento de arreglos afectivos exclusivamente a las parejas heterosexuales es una injusticia que aún está presente en la mayoría de las democracias contemporáneas. Sin embargo, la discusión sobre el matrimonio gay es un tema que pone de manifiesto las marcadas diferencias ideológicas y programáticas al interior mismo del movimiento por la diversidad sexual. El reconocimiento de parejas del mismo sexo es uno de los asuntos que más acciones políticas y análisis teóricos ha propiciado. Al fuerte antagonismo entre los sectores que se oponen al reconocimiento de cualquier derecho a las personas LGBTQ, y los que defienden y se movilizan por esos derechos, se suman las diferentes lecturas y estrategias sobre cuál cambio legal y social privilegiar para combatir de manera efectiva la exclusión actual.

Para algunos, es la institución del matrimonio en sí misma la que debe ser criticada y superada. Los sectores más cercanos a la teoría *queer* alertan sobre las consecuencias que el matrimonio gay puede tener en las políticas sobre la sexualidad. Consideran que pedir la incorporación a una de las instituciones sociales más conservadoras es un contrasentido e implica la despoltización del movimiento. Además, esa incorporación es apenas parcial, pues el tipo de reformas que se obtienen no favorece a todos los sectores que conforman el movimiento, sino principalmente a gays y lesbianas de clase media. El matrimonio, según esta tendencia, es una institución social concebida para regular la sexualidad; exigir que las minorías sexuales puedan casarse es renunciar a la potencialidad de cambio social que tiene el movimiento por la diversidad sexual. Demandar del Estado la incorporación de las parejas del mismo sexo a la institución matrimonial es, de algún modo, una manera de reforzar el poder del aparato regulatorio y de control del mismo Estado.²⁷

²⁶ Para un análisis detallado de estos actores y sus argumentos, ver Juan Marco Vaggione, “Nuevas formas del activismo religioso. La Iglesia católica frente al reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo”, *Orientaciones. Revista de Homosexualidades*, Fundación Triángulo, Madrid, febrero de 2006.

²⁷ Michael Warner critica el movimiento a favor del “casamiento gay” porque le da poder al

El movimiento que rechaza la reivindicación del matrimonio para las parejas del mismo sexo no persigue cambios legales que permitan la inclusión de las personas LGBTQ a las instituciones heteronormativas; busca, por el contrario, una confrontación política tendiente a quebrar la forma como esas instituciones constriñen la sexualidad²⁸—el matrimonio sería una de ellas—. No se debe buscar la incorporación de estos grupos al matrimonio, sino más bien deconstruirlo como institución de control social y sexual; desinstitucionalizar el matrimonio heterosexual reasignando los distintos beneficios y derechos que lo caracterizan—la seguridad social, entre otros— con base en otras categorías como la ciudadanía.²⁹ El movimiento por la diversidad sexual debiera estar más orientado a quebrar las reglas hegemónicas que regulan el matrimonio antes que buscar su inclusión en las mismas.³⁰

Aunque la teoría *queer* se relaciona habitualmente con los círculos académicos, quienes se identifican con ella también buscan influir en las políticas y legislaciones sobre la sexualidad. Un aporte importante es el de estar constantemente moviendo los términos del debate y ampliando las discusiones sobre qué es lo político en relación con la sexualidad. Los aportes de esta perspectiva teórica han sido fundamentales particularmente para entender las definiciones de “identidad” y de “poder” que caracterizaban al movimiento por la diversidad sexual. En relación con el tema del reconocimiento de las parejas del mismo sexo, un grupo relevante de académicos sostiene:

[...] el casamiento no es la única forma valedera de familia o de relación, y no debe privilegiarse legalmente y económicamente sobre todas las otras formas. Mientras que honramos a aquéllos para quienes el matrimonio es la opción personal —para alguno, también profundamente espiritual— más significativa, creemos que a muchos otros tipos de relaciones de parentesco, de hogares y de familias se les debe también otorgar reconocimiento. [...] Las estrategias del movimiento LGBT no deben asegurar los privilegios para algunos mientras que al mismo tiempo se excluyen opciones para otros. Nuestras estrategias deben expandir los términos actuales del debate, no reforzarlos.³¹

aparato regulatorio estatal. Michael Warner, *The Trouble with Normal. Sex, Politics, and the Ethics of Queer Life*, The Free Press, New York, 1999.

²⁸ Valerie Lehr, *Queer Family Values: Debunking the Myth of the Nuclear Family*, 1999. <http://www.temple.edu/tempress/> \t “_blank.

²⁹ Nancy Fraser, “Rethinking Recognition”, *The New Left Review*, May-June, 2000.

³⁰ Urvashi Vaid, *Virtual Equality: The Mainstreaming of Gay and Lesbian Liberation*, Anchor/Doubleday, New York, 1995.

³¹ Esta declaración es el resultado de una reunión entre LGBTQ para discutir críticamente las políticas de la familia existentes en los Estados Unidos. El documento final, al que han adherido

Mas allá de esta postura, de una complejidad y un dinamismo particulares, el activismo del movimiento por la diversidad sexual en Latinoamérica se ha volcado, en gran medida, a modificar los sistemas legales vigentes para obtener algún nivel de reconocimiento de las parejas del mismo sexo. Para un sector importante del movimiento, transformar las leyes vigentes —el derecho de familia en particular—, e incorporar en pie de igualdad a las parejas del mismo sexo, es una prioridad. Una sociedad más igualitaria, según este sector, supone la inclusión de las minorías sexuales en sus instituciones legales y culturales. El matrimonio es una de esas instituciones sociales básicas que están atravesadas por la heteronormatividad y que se deben modificar: la posibilidad real de que las parejas del mismo sexo puedan casarse es una forma de transformación.

A favor del reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo se esgrimen argumentos diversos.³² En términos generales, se afirma que la exclusión de un grupo de personas de una institución social básica, como lo es el matrimonio, constituye una discriminación no legítima en los regímenes democráticos. La democracia como sistema supone un proceso al menos formal de igualación. Por esta razón se deberían superar las barreras que hacen que algunos individuos, por su identidad sexual, sean excluidos del ejercicio de determinados derechos de los que sí goza la ciudadanía en general. A este argumento general se suman una serie de cuestiones específicas que revelan las consecuencias del desconocimiento de las parejas del mismo sexo. Debido a la falta de reconocimiento legal, los miembros de este tipo de parejas tienen dificultades para heredar, para radicarse en el país de la pareja cuando uno de ellos es extranjero, para ejercer el derecho de visita en hospitales y cárceles, o para acceder a licencias en el trabajo.

En algunos países, luego de décadas de activismo, el movimiento por la diversidad sexual ha tenido éxito en el logro de algún tipo de reconocimiento legal para las parejas del mismo sexo. En la legislación comparada existen en general dos formas de incorporar este reconocimiento. Una de ellas es la creación de una figura específica que no implica una modificación sustancial del derecho de familia: las uniones de hecho —homosexuales o heterosexuales— son reconocidas mediante el otorgamiento de ciertos derechos, y al mismo tiempo el matrimonio se mantiene como una institución exclusivamente heterosexual. Se trata de una solución políticamente más viable. Si bien a las parejas del mismo

diversos activistas y académicos, se denomina “Beyond Same-Sex Marriage. A New Strategic Vision for all our Families & Relationships”, disponible en <http://www.beyondmarriage.org>.

³² Algunos de los argumentos se presentan en R. Claire Snyder, *Gay Marriage and Democracy: Equality for All*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2006, o en Carlos A. Ball, *The Morality of Gay Rights: An Exploration in Political Philosophy*, Routledge, New York, 2002.

sexo se les reconocen algunos derechos cuando se formalizan, en todo caso se les siguen negando otros derechos como el de heredar o adoptar, reservados al régimen matrimonial heterosexual. Dinamarca fue el primer país que reconoció formalmente a las parejas del mismo sexo: desde 1989 gozan de los mismos derechos que las parejas de uniones heterosexuales. En la actualidad, este tipo de reconocimiento se suele instrumentar a través de la creación de un sistema de registro en el que se inscriben las parejas del mismo sexo que expresamente lo solicitan,³³ o mediante el reconocimiento de ciertos derechos luego de una convivencia cuyo plazo es fijado por la ley —en general uno o dos años—.³⁴

La otra forma de reconocer legalmente a las parejas del mismo sexo implica una modificación más sustancial y simbólica de la definición del matrimonio. En algunos países se reformó el derecho de familia y se derogó la exigencia de la diferencia de sexo como requisito para contraer matrimonio. Este tipo de solución trata a las parejas homosexuales en plano de igualdad con las heterosexuales, lo que supone un cambio legal y simbólico mucho más profundo que el anterior. En cuanto a lo legal, en vez de generar un sistema paralelo al matrimonio para las parejas del mismo sexo, se reforma el derecho de familia derogando el requisito de la heterosexualidad, que es, para muchos, una característica indispensable. Esta clase de reformas tiene también un fuerte impacto simbólico, pues produce un cambio profundo en una de las instituciones más tradicionales. Los Países Bajos fueron los primeros en autorizar el casamiento de personas del mismo sexo —año 2001—. La equiparación total entre el matrimonio heterosexual y el homosexual tiene vigencia en seis países. Además de los Países Bajos, es el caso de Bélgica (2003), España (2005), Sudáfrica (2006), Canadá (2005) y el estado de Massachussets en los Estados Unidos (2004).³⁵ La mayoría de los casos corresponden al continente europeo, en el que sin em-

³³ Este tipo de regulación es la más extendida y está vigente en Dinamarca (1989), Washington, D.C. (1992), Noruega (1993), Groenlandia (1994), Suecia (1995), Islandia (1996), Hawái (1997), Países Bajos (1998), Vermont (2000), Alemania (2002), Suiza en los cantones de Ginebra y Zurich (2001), Finlandia (2001), Tasmania en Australia (2004), Nueva Jersey (2004), Maine (2004), California (2005) y Nueva Zelanda (2005). Ver María Berenice Dias, *União Homossexual. O preconceito a Justiça*, Livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2006. Un caso interesante es la creación, mediante la modificación del Código civil francés, del Pacto de Solidaridad (PACS), que permite que dos personas del mismo o diferente sexo firmen un contrato para organizar una vida en común.

³⁴ Este tipo de sistema rige en Australia, donde desde 1994 algunos estados y territorios comenzaron a reconocer el concubinato entre personas del mismo sexo. Además en Hungría (1996), Portugal (2001), Nueva Zelanda (2002) y Croacia (2003). M. B. Dias, *União Homossexual. O preconceito a Justiça*, op. cit.

³⁵ Ver M. B. Dias, *União Homossexual. O preconceito a Justiça*, op. cit.

bargo un 49% de la población se sigue manifestando en contra del derecho al matrimonio para los homosexuales.³⁶

Un caso reciente, y de fuerte impacto para Latinoamérica, es el de España, donde en el año 2005 se modificó el derecho de familia derogando el requisito de diferencia de sexo entre los contrayentes. Si bien en la década del noventa ya algunas comunidades autónomas españolas habían formalizado la situación de las parejas del mismo sexo, la legislación matrimonial es de competencia exclusiva del Estado español, y en ese sentido esas comunidades estaban limitadas. El Partido Socialista (PSOE) incluyó en su plataforma electoral del 2004 la reforma del régimen matrimonial; una vez en el gobierno, fue una de las primeras medidas que tomó. España se convirtió así en el tercer país del mundo en aprobar el matrimonio de personas del mismo sexo, después de Holanda y Bélgica.³⁷ El punto central de la reforma es el artículo 44 del Código civil, al que simplemente se le añade un segundo párrafo. La redacción final sostiene que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. El resto de las modificaciones de la ley consiste en adaptar y cambiar el lenguaje: las expresiones ‘marido’ y ‘mujer’ son reemplazadas por la de ‘cónyuges’, y las de ‘padre’ y ‘madre’ por la de ‘progenitores’.

Aunque con resultados disímiles, el activismo judicial es una estrategia importante para ampliar el reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo. En 1993, la Corte Suprema de Hawai (Estados Unidos) consideró que denegar el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo era discriminatorio.³⁸ Esta sentencia produjo una fuerte reacción en ese país que, en 1996, aprobó la *Defense of Marriage Act* (DOMA). Según ésta, si un estado legaliza el casamiento de parejas del mismo sexo, los demás estados no están obligados a reconocer esos matrimonios y, por ende, los beneficios federales. En Sudáfrica hubo una situación diferente: el cambio legislativo que equiparó a las parejas del mismo y de distinto sexo frente a la institución matrimonial fue impulsado desde el

³⁶ “Public Opinion in the European Union”, Eurobarometer 66, December 2006, European Commission. Disponible en http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb66/eb66_en.pdf.

³⁷ A pesar de que fue vetada por el Senado, en el que tenía mayoría el Partido Popular —de la oposición—, la ley 13 de 2005, que modificó el derecho de familia, entró en vigor ese mismo año.

³⁸ El caso es *Baehr v. Lewin* (Hawaii Supreme Court, 74 Haw. 645, 852 P.2d 44, May 5, 1993). Otros pronunciamientos judiciales siguieron al de Hawai. En 1999, la Corte Suprema de Vermont estableció que las parejas del mismo sexo no pueden ser excluidas del derecho al matrimonio (*Baker v. State of Vermont*, Supreme Court of Vermont 98-032, December 20, 1999).

poder Judicial. En el año 2005, la Corte Constitucional de ese país consideró que la exclusión de las parejas del mismo sexo para contraer matrimonio era injusta, discriminatoria, y que lesionaba la igualdad de derechos. La Corte le dio al gobierno un plazo de doce meses para reformar el derecho de familia, que reconoció el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio en noviembre del 2006.

En Latinoamérica, la fuerte influencia de la Iglesia católica, sumada a los quiebres democráticos de diversos países, son causas importantes del bajo reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. De todos modos, el movimiento por la diversidad sexual ha tenido en los últimos años un impacto mayor: logró que la demanda por el reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo, que continúa siendo excepcional, entrara a la agenda pública. En varios de estos países es común encontrar algún grupo LGBTQ presionando por reformar las leyes de familia y poniendo de relieve la situación de las parejas del mismo sexo. En términos generales, es posible sostener que la diversidad sexual tiene ahora una mayor aceptación de la ciudadanía, que la sociedad política es más sensible al tema, y que por lo tanto cabe esperar una futura ampliación de derechos.

Si bien los casos de reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo en Latinoamérica son excepcionales, existen algunos. El primer antecedente se encuentra en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, donde a finales del año 2002 se reconoce a las uniones civiles como

[...] la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual; [...] que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común.³⁹

Esta ley otorga a las uniones civiles una serie de derechos y oportunidades: la extensión de la cobertura de obra social para la pareja, las licencias por maternidad o por duelo y el derecho a la pensión. Estos derechos están circunscriptos a la ciudad de Buenos Aires, y en gran medida para quienes trabajan en el gobierno local, pues para que la reforma afecte el derecho de familia se requiere la aprobación del poder Legislativo nacional. Al camino abierto por la ciudad de Buenos Aires le siguieron la provincia de Río Negro (2005), también en Argentina; el estado brasileiro de Río Grande do Sul⁴⁰ (2004), el Distrito Federal (2006) y el estado de Coahuila (2007) —estos dos últimos en México—.

³⁹ Ley Unión Civil N° 1004, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

⁴⁰ Allí el poder Judicial logró que se creara un registro de parejas del mismo sexo.

El activismo latinoamericano ha tenido efectos en la jurisprudencia: ya hay sentencias que reconocen algún tipo de efecto legal para las parejas del mismo sexo. La judicialización de casos ha sido también una estrategia del movimiento por la diversidad sexual, y un camino para ampliar el repertorio de derechos. En algunos casos, el vacío legal es llenado por el poder Judicial. Cada vez es más frecuente que las ONG reconocidas sean parte de procesos judiciales cuando de diversos modos representan los intereses de las personas LGBTQ. La organización Colombia Diversa y la Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros —São Paulo—, que iniciaron importantes casos judiciales en sus países, sirven de ejemplos.⁴¹ Habría que destacar, como una importante fuerza democratizadora, la presencia cada vez mayor de la sociedad civil en el ámbito judicial en cuestiones relacionadas con el género y la sexualidad. Gracias al activismo del movimiento por la diversidad sexual, las parejas del mismo sexo han ido obteniendo un reconocimiento legal en la región, bien mediante reformas legales o por la exposición de casos judiciales. La cultura legal ha ido acompañando el cambio de actitud de la población frente a las personas LGBTQ —la aceptación es mayor—.

Los fallos en la región a favor de las parejas del mismo sexo han hecho mella en la heteronormatividad como sistema hegemónico de dominación. Si bien no erradican la exclusión del sistema legal, sí formalizan los arreglos afectivos/eróticos de las parejas del mismo sexo gracias al reconocimiento de ciertos efectos. Aunque en general éstos se circunscriben a los casos específicos, se ha ido construyendo un razonamiento judicial disidente que ha ampliado los criterios legales sobre la sexualidad; un pensamiento progresista sobre la sexualidad ha ido tomando forma en Latinoamérica. Puesto que sería errado presuponer que la doctrina y la jurisprudencia son homogéneas frente a las cuestiones relacionadas con la (homo) sexualidad, es importante destacar las fracturas que existen: si bien el derecho en general continúa sosteniendo los privilegios de la heteronormatividad, hay voces de jueces y juezas que han ido creando un pensamiento disidente en el que la igualdad tiene más cabida.

El poder Judicial ha reconocido, entre otros, algunos derechos económicos, sexuales y migratorios de las parejas del mismo sexo. Si bien este reconocimiento no termina con el desequilibrio entre las parejas homo y hetero, sí representa lo que el sistema legal niega. A la hora de reconocer los derechos de las parejas del mismo sexo se apela a distintos razonamientos. Suelen ser dos las analogías

⁴¹ La organización Colombia Diversa tuvo un papel importante ante la Corte Constitucional en el caso en el que se reconocieron derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo. La organización brasilera, por su parte, demandó la inconstitucionalidad del artículo que como entidad familiar reconoce únicamente la unión estable entre un hombre y una mujer.

más recurrentes:⁴² por un lado, las normas del derecho privado que regulan las sociedades de hecho; por otro, las normas que regulan el matrimonio o las parejas heterosexuales de hecho. En el primer caso, si bien se abre la posibilidad de reconocer derechos de las parejas del mismo sexo —patrimoniales, particularmente—, este reconocimiento se hace por fuera del derecho de familia; en el segundo caso, en cambio, al legitimar a las parejas del mismo sexo como una alternativa de familia, se reconoce la afectividad del vínculo.

Entre los derechos que les han sido reconocidos a las parejas del mismo sexo cabe señalar el otorgamiento de visados de permanencia al compañero o a la compañera del mismo sexo de un nacional. En general estos visados se otorgan a las parejas casadas, con el fin de que puedan hacer vida en común en un país determinado; su denegatoria genera fuertes inconvenientes para la continuidad del vínculo de parejas del mismo sexo. El hecho de que el poder Judicial haya logrado hacer extensivos estos privilegios a las parejas del mismo sexo supone un nivel —aunque mínimo— de reconocimiento de los acuerdos homoafectivos y de sus efectos. En Brasil, en los últimos años, hubo al menos tres casos judiciales de reconocimiento de visas de permanencia.⁴³

Otro tipo de situaciones en las que los derechos de las parejas del mismo sexo han sido reconocidos tienen que ver con la autorización de las visitas íntimas en las cárceles. Los sistemas penitenciarios en general garantizan el ejercicio de la sexualidad de los internos e internas con la autorización de las visitas de sus parejas, derecho usualmente reservado a los matrimonios y a las parejas heterosexuales. En algunos casos judiciales estos derechos se han extendido a las parejas del mismo sexo, como el sancionado en Córdoba, Argentina.⁴⁴ En esa sentencia, el Juez sostiene:

[...] acierta de manera impecable el Fiscal general al interpretar el art[ículo] 167 ley 24660 destacando que el mismo “garantiza mantener relaciones íntimas de los internos con su cónyuge o a falta de éste con la persona con quien mantiene vida marital permanente en la forma que determinen los reglamentos, entendiendo que la enumeración que expresa la norma no es limitativa y por lo tanto extensible a personas con una elección de sexo diferente u orientación homosexual, destacando que el único límite para el ejercicio de un derecho en el ámbito penitenciario está basado en la seguridad del establecimiento, cuestión que no se vincula con la actividad sexual de los internos ni con su elección sexual”.

⁴² Para más información, M. B. Dias, *União Homossexual. O preconceito a Justiça*, op. cit.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Autos: X y otro. Juzg. Ejec. Penal Córdoba. 17-11-2005.

Siguiendo el razonamiento, el Juez ordena al servicio penitenciario

[...] que arbitre las medidas necesarias a efectos de que se implemente el modo de visitas íntimas en el pabellón de homosexuales en igualdad de condiciones que los establecidos para el resto de la población carcelaria, dejando a su arbitrio el mantener a internos, que son pareja, en celdas separadas cuando con esta medida se resguarde el orden interno del pabellón y beneficie la conducta general de los internos.

Los mayores avances en lo que se refiere al reconocimiento judicial de las parejas del mismo sexo los registran los derechos económicos. En el año de 1998, una jueza de la provincia de Mendoza, Argentina, reconoció en una relación homosexual a un hombre como concubino, y le otorgó los beneficios de la obra social.⁴⁵ La jueza Graciela B. Mastracusa hace una diferencia entre la familia como una construcción cultural y la familia como una construcción jurídica, y reivindica la necesidad de aceptar el pluralismo característico de las sociedades contemporáneas. El fallo sostiene que

Si la mutua ayuda material y afectiva en el seno de la convivencia para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales para cada integrante del grupo familiar es lo que caracteriza a la vida familiar, funcionalmente no puede haber por ello diferencia alguna entre la unión matrimonial, o la unión de hecho heterosexual u homosexual [...]

Estimo que en el caso no hay posibilidad de excluir de la caracterización de convivientes que se procuran ostensible trato familiar a los peticionantes de autos, ya que cualquier diferenciación originada en la igualdad de sexos de los convivientes significaría una discriminación prohibida respecto de la misma caracterización otorgada a los compañeros de parejas heterosexuales, toda vez que como ha quedado dicho, la ley de obras sociales no han pensado en otorgar el beneficio al conviviente por razón de los hijos, sino con clara abstracción de la existencia de éstos.

[...]

Por lo dicho, resuelvo: Tener por acreditado de conformidad a la prueba producida en esta causa que los [señores] A.A. [...] y C.C. [...] son convivientes, constituyendo una pareja sexual con los caracteres de notoriedad, singularidad y permanencia por más de cuatro años, otorgándose uno a otro ostensible trato familiar.

⁴⁵ Hubo un fallo similar en la ciudad de La Plata en el año 2005: por fallecimiento, este fallo otorgó una pensión a convivientes homosexuales. Como una evidencia de que éste es aún un tema controvertido, el fallo fue revocado por mayoría al año siguiente. Autos: Y., E. A. v. Caja Previsión y Seguro Médico de la provincia de Buenos Aires. Cámara CA. La Plata. 09/03/2005. Causa N° 1014. 16/07/2006.

En el año de 1999, en Argentina, se decide una controversia patrimonial por la disolución de una pareja homosexual a causa de la muerte de uno de sus miembros. La controversia es entre el sobreviviente y los herederos del muerto.⁴⁶ En su sentencia, la Jueza afirma que la resolución del conflicto se puede hacer

[...] aplicando los principios jurídicos que han dado solución a la resolución de controversias entre las parejas de hecho heterosexuales, porque las diferencias entre las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales que justifican una disimilitud de tratamiento jurídico en orden al derecho a casarse, a adoptar, al acceso a la fecundación asistida y a la filiación [...] no existen en los conflictos estrictamente patrimoniales suscitados al fin de la unión.⁴⁷

En Brasil ha habido también importantes avances jurisprudenciales gracias a los cuales se han reconocido los derechos patrimoniales de parejas del mismo sexo. En el año 2001, por ejemplo, se reconocieron los derechos sucesorios a una pareja del mismo sexo luego de hacer una interpretación analógica de la regulación de las uniones extramatrimoniales.⁴⁸ También se han reconocido efectos legales en la división de bienes tras la disolución de parejas del mismo sexo, y se han otorgado pensiones cuando alguno de sus miembros muere.⁴⁹

Un caso judicial de fuerte impacto, del que se transcriben extractos para un análisis más profundo, es el de la Corte Constitucional de Colombia, que en el año 2007 afirmó que la definición de “parejas de hecho”, restringida sólo a la unión entre hombres y mujeres, contraría la dignidad humana porque discrimina a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.⁵⁰

A. PROBLEMA: RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES. LAS POLÍTICAS DE LA DIGNIDAD

¿Cuáles son los (re)medios y los argumentos que se deben dar para impulsar los cambios legales necesarios para democratizar las sociedades y mejorar la situación de las personas y parejas LGBTQ? Ante este tipo de preguntas surgen,

⁴⁶ Sala 1ª de la Cámara 1ª de Apels. en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro.

⁴⁷ Autos: “D., J. A. v. V., V. E. y otro”. Tribunal: C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª. 22/06/1999 (Concubinato - Unión de hecho homosexual - Efectos patrimoniales - Condominio - Simulación por interposición de persona - *Iura curia novit*).

⁴⁸ M. B. Dias, *União Homossexual. O preconceito a Justiça*, op. cit.

⁴⁹ En el 2003, la Universidad de Santa Catarina fue condenada a pagar una pensión a la pareja homosexual de uno de sus profesores.

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075 de 2007.

como se afirmó previamente, respuestas diversas e inclusive opuestas. No sólo coexisten distintas formas de definir la heteronormatividad como sistema de dominación, sino también diferentes caminos para superar la exclusión. Las políticas sobre sexualidad están atravesadas por este debate, que obliga constantemente a replantear las mejores estrategias de acción. Lo que para algunos sectores representa un avance —la incorporación de personas LGBTQ a instituciones como el matrimonio—, para otros es en cambio un fortalecimiento de la heteronormatividad como sistema de dominación.

La injusticia con las personas y parejas LGBTQ se asienta en la subordinación social en la que se encuentra un sector de la población por su identidad sexual y de género, identidades que rompen con la matriz heteronormativa. Esta injusticia se deriva de una falta de reconocimiento⁵¹ que se institucionaliza tanto cultural como legalmente, y que priva a estos ciudadanos de sus derechos y deprecia su existencia. La lucha del movimiento por la diversidad sexual es, entre otras cosas, una lucha por lograr este reconocimiento, denegado por la vigencia de un sistema de dominación específico que impide que un grupo de ciudadanos participen en la vida social como pares, como un igual.⁵² Siguiendo esta lógica, la exclusión de las parejas del mismo sexo de las leyes matrimoniales se tiene como un ejemplo de esta falta de reconocimiento, institucionalizada también en la legislación.⁵³

El derecho a la igualdad, más allá de la identidad sexual de las personas, se enfrenta a la existencia de legislaciones que excluyen a ciertas personas de la posibilidad de formalizar legalmente sus relaciones de pareja. Una estrategia para desinstitucionalizar la heteronormatividad del sistema legal es hacer valer la noción de dignidad de la persona humana. En un sistema en el que un sector de la ciudadanía —las personas LGBTQ— es privado de algunos de sus derechos por su identidad sexual o de género, el discurso sobre la dignidad humana sirve como argumento legal para demandar el reconocimiento de esos derechos. La noción moderna de dignidad, precisamente, es el resultado del “desplome de las jerarquías sociales, que solían ser las bases del honor”.⁵⁴ De este modo, la

⁵¹ Para un análisis sobre el reconocimiento y su ausencia, ver Nancy Fraser, *Justice Interruptus. Critical Reflections on the “Postsocialist” Condition*. Versión en español: *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

⁵² Para esta propuesta, Fraser se vale del concepto de estatus weberiano. Nancy Fraser, *Iustitia interrupta*, *op. cit.*

⁵³ Según Fraser, caben dos posibilidades: o se legalizan las uniones del mismo sexo, o se desinstitucionaliza el matrimonio heterosexual, desprovoyéndolo de los beneficios y derechos que se le asocian.

⁵⁴ Charles Taylor incluye en su análisis la política de la diferencia, que también se fundamenta

dignidad sirve como discurso igualitario y universal —con sus beneficios y con sus riesgos—; por el hecho de ser ciudadanos, las personas gozan de una dignidad que debe ser respetada y resguardada. Una cultura democrática implica, entonces, el respeto al reconocimiento igualitario de sus miembros, reconocimiento que gracias a los movimientos feministas y por la diversidad sexual involucra, también, la identidad sexual y de género.

A continuación se presenta y analiza la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, en la que el concepto de dignidad tiene un papel central en la discusión sobre los efectos legales de las parejas del mismo sexo.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-075 de 2007

Problema jurídico

El régimen patrimonial que cobija a los compañeros permanentes se limita a las uniones conformadas entre un hombre y una mujer. ¿Desconoce esta realidad el respeto a la dignidad humana y la igual protección, el libre desarrollo de la personalidad y la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual, derechos fundamentales todos consagrados en la Constitución Política?

Hechos

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Marcela Sánchez Buitrago, Luz María Mercado Bernal, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado demandaron parcialmente los artículos 1° y 2° de la ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, modificada parcialmente por la ley 979 de 2005.

Decisión

Se declara la exequibilidad de la ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la ley 979 de 2005, condicionada al entendido de que el régimen de protección contenido en ellas se aplique también a las parejas homosexuales.

Extractos

[...]

En la situación que ahora es objeto de consideración por la Corte se tiene que la ley, al regular la denominada “unión marital de hecho”, establece un régimen de protección

en un potencial universal: el de “moldear y definir nuestra propia identidad, como individuos y como cultura”. Charles Taylor, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1993, p. 45.

patrimonial para los integrantes de las parejas heterosexuales, pero no hace lo propio con las parejas homosexuales. En principio cabe señalar que la manera como se pueda brindar protección patrimonial a quienes han decidido conformar una pareja como proyecto de vida permanente y singular, entra en el ámbito de configuración legislativa, porque no hay una fórmula única que resulte obligada conforme a la Constitución para ese efecto y la protección requerida puede obtenerse por distintos caminos. Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. En ese escenario, para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución.

[...]

En relación con la dignidad de la persona y con el libre desarrollo de la personalidad, destaca la Corte la relevancia que el reconocimiento jurídico de las relaciones económicas que por la naturaleza de las cosas surgen entre quienes optan por vivir en pareja, tiene para la posibilidad de realización de un proyecto de vida en común en condiciones de dignidad.

[...]

Esta Corporación ha expresado que la dignidad humana es un valor superior y un principio fundante del Estado social de derecho, conforme al cual todas las personas deben recibir un trato acorde con su naturaleza humana. Ha señalado la Corte que

[...] dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo.

Para la Corte, “[p]or dignidad se entiende la supremacía que ostenta la persona como atributo inherente a su ser racional, cuya valoración y reconocimiento no puede estimarse como la causa o el efecto de alguien o de algo (es decir, como objeto), sino como un fin superior que subyace en sí mismo”.

En la jurisprudencia constitucional la dignidad humana se ha tratado como expresión de la autonomía individual, como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o como expresión de la intangibilidad de la integridad física y moral. En ese contexto, la previsión constitucional conforme a la cual el Estado se encuentra fundado en el respeto a la dignidad humana (C.P. art[ículo] 1), impone a las autoridades públicas el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, y entre los

cuales se cuentan, la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar, y ciertas condiciones materiales de existencia. (C.P. art[ículo] 2)

En el asunto que ahora es objeto de consideración por la Corte, tienen particular relevancia las manifestaciones de la dignidad en el ámbito de la autonomía personal. Sobre el particular la Corte ha señalado que a la noción jurídica de dignidad humana se integra “[...] la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle”. De este modo, ha señalado la Corporación, “[...] la dignidad humana se refleja de manera más inmediata en aquellos derechos que se fundan en las decisiones racionales y autónomas del sujeto [...]”, y que encuentran expresión en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La Corte ha mostrado cómo, a partir del enunciado normativo contenido en el artículo 16, es posible delimitar “[...] el objeto de protección de la dignidad entendida como posibilidad de autodeterminarse según el propio destino o la idea particular de perfección, con el fin de darle sentido a la propia existencia”.

De acuerdo con la Constitución, la autonomía de las personas encuentra un límite en los derechos de los demás y en el orden jurídico. Por ello esta Corte ha entendido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros o el orden jurídico. Para la Corte, este derecho se vulnera “cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano”, y, por consiguiente,

[...] las restricciones de las autoridades al artículo 16, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho.

En la sentencia C-542 de 1993 la Corte reiteró la idea conforme a la cual no pueden superponerse los intereses generales a aquellos derechos que son inherentes a la dignidad de la persona humana, como la libertad y la vida. En la misma línea, en la sentencia C-821 de 2005, la Corte, al pronunciarse sobre una de las causales de divorcio previstas en la ley 25 de 1992, modificatoria del numeral 1° del artículo 154 del Código civil, señaló que, en determinadas hipótesis, obligar a uno de los cónyuges a mantener el vínculo en contra de su interés y voluntad implicaría un desconocimiento de sus derechos a la dignidad, la igualdad, la intimidad, y el libre

desarrollo de la personalidad. Dicha idea ya había sido expuesta por la Corte en la sentencia C-660 de 2000, cuando expresó que

[...] en pro de garantizar la armonía y estabilidad familiar, no se puede obligar a los cónyuges a mantener el vínculo matrimonial cuando comportamientos como la infidelidad generan un conflicto familiar irreconciliable. En dicho fallo, la Corte señaló que la posibilidad de que los cónyuges promuevan la disolución del matrimonio también tiene fundamento en los principios de dignidad humana e inalienabilidad de los derechos de la persona [...].

De manera general, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la dignidad humana, como principio fundante del Estado, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución y tiene, por consiguiente, valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia.

De este modo, si bien la Constitución impone como límite al libre desarrollo de la personalidad los derechos de los demás y el orden jurídico, tal límite no puede llevarse al extremo de instrumentalizar a la persona para el logro del interés general en condiciones que afecten su dignidad.

Finalmente cabe señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia, el principio de dignidad humana comporta un mandato constitucional que determina no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna.

[...]

En el ámbito del problema que ahora debe resolver la Corte, resulta claro que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar. No hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros permanentes sea indiferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales.

De este modo se tiene que se puede identificar en este caso un mínimo de protección que resulta constitucionalmente obligado, porque la ausencia de un régimen jurídico que en el ámbito patrimonial se aplique de manera específica a las parejas

homosexuales, implica que sus integrantes deban regirse por el régimen ordinario civil, lo cual limita su autonomía para autorregular las consecuencias patrimoniales de su decisión de vivir como pareja y deja en un limbo jurídico la dimensión patrimonial de esa decisión, con consecuencias potencialmente lesivas en el evento en que termine la cohabitación. Esto es, el déficit de protección al que se hace alusión se deriva de la existencia de una regulación imperativa para la disposición del patrimonio de los integrantes de la pareja, que no consulta su propia realidad; de la imposibilidad de acceder voluntariamente a un sistema de regulación si no es a través de procedimientos no específicos y altamente engorrosos, y de las consecuencias potencialmente lesivas que las anteriores circunstancias pueden tener para los integrantes de la pareja. Dicho de otra manera, la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no sólo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación.

Esa ausencia de previsión legislativa también se manifiesta en la segunda dimensión, en la que, de acuerdo con la jurisprudencia, se expresa la dignidad de la persona, por las consecuencias que en el plano material puede tener para una persona la pérdida de aquello que le corresponde en el patrimonio construido de manera conjunta en el transcurso de una relación de pareja y que pueden afectar sus condiciones materiales de existencia. La afectación de la dignidad, finalmente, también se desprende de una manera directa de la ausencia de reconocimiento jurídico de las opciones vitales de las personas. Ello se produce en este caso porque la realidad de las parejas homosexuales y de las personas que las integran no es reconocida y resulta invisible para el ordenamiento jurídico, puesto que, no obstante dichas personas han obrado en ejercicio de una opción protegida por la Constitución, son ignoradas por el ordenamiento jurídico cuando se trata de resolver los conflictos patrimoniales que pueden surgir de tal decisión.

[...]

Las mismas consideraciones que permiten establecer que en relación con la situación patrimonial de las parejas homosexuales existe un déficit de protección a la luz del ordenamiento constitucional, llevan a la conclusión de que el régimen de la ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de parejas, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto

que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.

No puede perderse de vista que el objeto de la ley es atender a la disposición del patrimonio conformado durante el tiempo de cohabitación en los eventos en los que la misma termine por cualquier causa. En ese contexto, el régimen legal tiene dos manifestaciones centrales: por un lado, se establece la presunción sobre la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y por otro, aunque concebida desde una perspectiva probatoria, se contempla la posibilidad que tienen los integrantes de la pareja, a partir de la convivencia mantenida por un período de al menos dos años, de acceder voluntariamente a ese régimen mediante declaración ante notario o en el escenario de una conciliación. Independientemente de la motivación original de la Ley, es claro que hoy la misma tiene una clara dimensión protectora de la pareja, tanto en el ámbito de la autonomía de sus integrantes, como en el de las hipótesis de desamparo que en materia patrimonial puedan surgir cuando termine la cohabitación. En esa perspectiva, se reitera, mantener ese régimen de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales e ignorar la realidad constituida por las parejas homosexuales, resulta discriminatorio.

[...]

A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.

Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es, la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un período de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado.

Salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería

[...]

La dignidad humana y el reconocimiento pleno de derechos

El concepto de dignidad humana, elaborado fundamentalmente por Emmanuel Kant, alude a aquello propio del ser humano que lo hace ser tal, esto es, que lo con-

vierte en sujeto moral, es aquello que no tiene precio, es decir, de lo cual no puede predicarse valor de cambio por cuanto es invaluable, inajenable, irrenunciable, y nos permite caracterizarnos como seres humanos con derechos. De otra parte, el reconocimiento de la dignidad humana tiene que ser total y completo, por cuanto no se puede ser *medio* digno. En este orden de ideas, si a los homosexuales se les reconoce dignidad humana, si son tan dignos como los heterosexuales, hay que necesariamente reconocerles todos los derechos. El correlato necesario del reconocimiento de la dignidad humana es el reconocimiento de todos los derechos, ésta es la clásica fundamentación de los derechos humanos en la tradición liberal kantiana hasta nuestros tiempos.

Por esta razón, no se entiende cómo se pretende reconocerles dignidad a las personas homosexuales y a renglón seguido se les niega el reconocimiento de derechos básicos que son necesarios para su desarrollo como sujetos autónomos, libres e iguales, como lo es el matrimonio, la adopción, los derechos laborales, los pensionales, para mencionar sólo algunos.

En mi concepto, la jurisprudencia [...] de esta Corte en relación a los derechos de las personas homosexuales, en el ámbito individual, para el desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la igualdad, se hace nugatoria y no tiene efectos reales, pues no toca el plano de la pareja, que tiene relación directa con el núcleo esencial del derecho de libertad y del libre desarrollo de la personalidad, pues es un aspecto fundamental que hace real y efectiva la libertad y autonomía del individuo a través del derecho a la libre opción sexual y la libre escogencia y desarrollo de un plan o proyecto de vida en compañía de la pareja sentimental o compañero sexual.

Por tanto, considero que no se puede ser tan incoherente y, de un lado, reconocer la dignidad humana de los homosexuales, y de otro lado negarles y restringirles derechos. O se reconoce que los homosexuales tienen dignidad humana, y por tanto son libres e iguales, y en consecuencia, se les reconocen todos los derechos que esta condición amerita en su calidad de seres con dignidad; o se descubre el juego retardatorio de reconocer por una parte una dignidad a medias que no implica el necesario reconocimiento de derechos y que deriva en una contradicción lógica.

Por ello, en mi concepto, el punto central a definir en este caso es si el reconocimiento de la dignidad y por ende el de los derechos iguales debe ser a medias o si deben reconocerse derechos plenos, de conformidad con la idea de dignidad humana y el principio de igualdad.

En el debate planteado por ejemplo en torno del matrimonio de las parejas homosexuales hay cuestiones difíciles, pero considero que se debe diferenciar claramente entre la concepción religiosa sobre determinada forma matrimonial y el reconocimiento del matrimonio laico o del matrimonio de parejas homosexuales con todos los efectos jurídicos, y por ello no puede considerarse el matrimonio heterosexual y además religioso superior a las formas laicas o homosexuales. Así mismo, el trato

de las uniones de hecho frente al Estado de derecho debe ser igual, con los mismos efectos y las mismas consecuencias jurídicas.

Por ello, reitero mi disenso frente a esta sentencia. En mi opinión, no es que todas las parejas tengan que contraer matrimonio, sino que tienen que existir las mismas posibilidades jurídicas para todas las formas de conformación de familia y de pareja. Reitero por tanto, que los efectos jurídicos deben ser los mismos tanto para las parejas heterosexuales y homosexuales, con matrimonio o en uniones maritales de hecho, en todos los ámbitos jurídicos, esto es, en todo lo que se relaciona con adopción, custodia, sucesiones, temas migratorios, contratación y adquisición de seguros, entre muchos otros.

A lo expuesto, me permito agregar que el reconocimiento de la igualdad, que supone igual trato, implica derechos y deberes iguales, de manera que el aceptar que estamos en un Estado constitucional de derecho implica aceptar las consecuencias del reconocimiento de los mismos efectos jurídicos para las parejas independientemente de su conformación sexual. Por ello reitero, que en mi concepto, esta sentencia ha debido ocuparse de todos los aspectos en que están desprotegidas las parejas no heterosexuales, sin que por ello se pueda aducir, a mi juicio, que esto se encontraba por fuera de la norma demandada. Por lo demás, como quedó expuesto, el artículo 1º de la ley 54 de 1990 se refiere a todos los efectos “civiles”, que superan con creces los meros efectos patrimoniales.

Adicionalmente, considero que la población homosexual es víctima de toda una cadena de diversas formas de discriminación: así por ejemplo, hay otras discriminaciones contra estos grupos por parte de:

1. Asociaciones y organizaciones civiles y mercantiles en general, por cuanto muchas asociaciones impiden a los homosexuales ser parte de ellas o se niegan a aceptarlos como miembros.
2. Discriminación “en” o “para” el empleo: por cuanto patronos o sindicatos no los contratan o los contratan y descubren que son homosexuales y los despiden o los expulsan.
3. En lugares públicos: los homosexuales son discriminados en los parques, en los espacios públicos.
4. Casa o habitación: se les discrimina en el tema de la casa y/o habitación respecto por ejemplo de la suscripción de un contrato de arrendamiento.
5. Autorización y pago de créditos que no se autorizan.
6. Discriminación “en” o “por” instituciones gubernamentales o cargos públicos.
7. En instituciones educativas: se les discrimina en las dos partes de las relaciones educativas, o se discrimina al alumno.

Así mismo, considero que existe en general una rueda o ciclo vicioso de discriminación, en la cual la condición de homosexual juega un papel importante. De este modo, existe por ejemplo una discriminación de inmigrantes por nacionales, de negros por blancos, de mujeres por hombres, de indígenas por dominantes, de pobres por ricos, de homosexuales por heterosexuales. Hay sectores de la población que sufren o padecen, y son víctimas de más de una discriminación a la vez: inmigrantes, pobres, negros o indígenas, mujeres, homosexuales. Así por ejemplo, pueden darse situaciones en que confluyan en una misma persona una serie de discriminaciones como cuando se es mujer, de raza negra, inmigrante, lesbiana y pobre.

De otra parte, sostengo que independientemente de que haya caído el socialismo, subsisten las clases sociales, cada una con problemas diferentes, pues lo que es un problema para una clase no lo es para la otra. Pareciera que la situación de las personas homosexuales sólo le preocupara a las clases altas, por cuanto se ha reducido a un problema de orden económico, dejando de lado los demás ámbitos jurídicos y derechos por reconocer.

En síntesis, afirmo que en un Estado constitucional de derecho el primero de todos los principios es el de la dignidad humana, y de los derechos el de la igualdad al lado de la libertad. Reitero por tanto mi fórmula de que se reconozca la igualdad de las parejas homosexuales en todas las esferas: civil, laboral, penal, prestacional, familiar, migratoria, etc[étera], como consecuencia del reconocimiento a la dignidad humana de estas personas.

Para presentarlo de una forma gráfica: sostengo que si hoy en día tenemos encadenados y esclavizados a un grupo de personas con 30 cadenas, y si a estos esclavos le quitamos una de las 30 cadenas, todavía quedan encadenados con 29 cadenas, de modo que siguen siendo igualmente esclavos y no hemos logrado progresar en nada. Podemos incluso quitarles 29 cadenas, pero si les dejamos una sola, los mantenemos esclavizados, de manera que no podemos suponer que hemos progresado. De esta manera, sostengo que la única manera de restablecer la libertad y la igualdad de las parejas que no son heterosexuales es quitándoles TODAS las 30 cadenas, para que sean real y verdaderamente libres e iguales.

En conclusión, sostengo que la única forma de proteger los derechos fundamentales consagrados en la Constitución es otorgándolos TODOS y además de manera COMPLETA a todas las personas, sin ninguna clase de distinciones, en este caso, respecto de sus preferencias sexuales. Considero que no protegemos realmente los derechos, ni les hacemos ningún favor, cuando los protegemos parcialmente, a medias, que fue lo que, a mi juicio, se hizo en este caso con esta sentencia, porque no se le entregaron todos los derechos civiles y muchos menos los demás derechos, como los derechos laborales, pensionales, en materia penal, etc[étera].

Cuestiones a debatir

La sentencia de la Corte colombiana constituye un caso pionero en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo en Latinoamérica. La sentencia considera que la exclusión de este grupo humano del régimen patrimonial que rige para las parejas heterosexuales es contrario a la Constitución política. Basados en el principio de dignidad humana, tanto el voto de la mayoría como el de la minoría propone argumentos contrarios a la discriminación que esta exclusión implica. La argumentación judicial de la mayoría sostiene que la exclusión de las parejas homosexuales de determinados efectos jurídicos es una violación al principio de dignidad humana, pues “se limita la posibilidad de estas personas a tener un plan de vida y desarrollarse libremente”. La demanda propone tres dimensiones para defender el derecho de las parejas homosexuales a una vida digna:

[...] en primer lugar, la posibilidad de vivir como se quiera, sin interferir en la órbita de los derechos de los demás, de modo que cada persona elija el plan vital que prefiera; en segundo lugar, la posibilidad de vivir bien, esto es, tener acceso a ciertas condiciones materiales de existencia, y, finalmente, la posibilidad de vivir sin humillaciones, lo cual implica preservar la integridad física y moral.

Sin embargo, el salvamento de voto (disidente) empuja la interpretación del principio de dignidad más allá de lo que lo hace el voto mayoritario: argumenta que el otorgamiento de derechos en forma parcial es un reconocimiento a medias de la dignidad de la persona humana. En el voto disidente se observan, simultáneamente, las limitaciones y las potencialidades que principios generales como el de la dignidad de la persona humana pueden tener en relación con los derechos de las personas LGBTQ.

Preguntas

1. De acuerdo con el voto de la mayoría, ¿qué significa dignidad humana y cómo se articula en la justificación de la inconstitucionalidad de la ley 54?
2. Compare esta interpretación con la del magistrado Jaime Araújo Rentería en el salvamento de voto a la sentencia.
3. Analice las limitaciones y las potencialidades que principios generales como el de la dignidad de la persona humana pueden tener en relación con los derechos reconocidos y por reconocer a las personas LGBTQ.
4. ¿Haría falta acudir a otros principios para lograr el pleno reconocimiento de derechos a las personas LGBTQ? ¿A cuáles? ¿Con qué argumentos?

II. PATERNIDADES Y MATERNIDADES *QUEER*

La diversidad sexual desafía la definición tradicional de familia de otra manera: cuestiona el hecho de que la heterosexualidad sea la regla en el ejercicio de la paternidad y de la maternidad. La heteronormatividad como estructura de poder asume que las capacidades biológicas, morales y legales de ser padres y madres se convierte en regla en las parejas heterosexuales. Las personas LGBTQ se construyen fuera de esos vínculos, y la demanda porque se les reconozcan derechos como progenitores generan reacciones adversas.

Se puede decir que la legitimación de las paternidades y maternidades *queer* es más problemática que el reconocimiento a las parejas del mismo sexo. La presencia de menores potencia los prejuicios sociales, justifica la intervención del Estado y evita o restringe el desempeño de personas LGBTQ como padres y madres. Inclusive parte de los sectores que están a favor del reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo no están de acuerdo con que éstas adopten menores. Aunque aceptan la decisión de las personas LGBTQ de vivir su sexualidad, ponen trabas para que establezcan, con la misma libertad, vínculos filiales. Esta situación se pone de manifiesto en países que, a pesar de haber sancionado legislaciones progresistas que reconocen a las parejas del mismo sexo, limitan su derecho a adoptar.⁵⁵

Si las parejas del mismo sexo desafían las construcciones hegemónicas, profundizando la separación entre sexualidad y reproducción, la paternidad y la maternidad por parte de las personas LGBTQ reinscribe la relación entre sexualidad y reproducción desde lugares disidentes. Personas y parejas cuya sexualidad se supone no es reproductiva, se reproducen. Adopción, inseminación artificial, intervención de terceros, parejas previas, son algunas de las formas utilizadas para reinscribir la reproducción desde un lugar “imposible”. La presencia de hombres y mujeres no heterosexuales, con hijos, produce madres y padres allí donde debiera reinar la incapacidad procreadora. Estas situaciones son políticas, inevitablemente: contradicen los principios básicos sobre los que descansa la familia como institución para la reproducción.

La mayor visibilidad de las personas LGBTQ y sus demandas ha dado lugar, también, a una mayor presencia de sus roles como padres o madres. Travestis, transgéneros, lesbianas y gays, solos o en parejas, se movilizan para reclamar reconocimiento —a veces sólo protección— legal y cultural como progenitores. La existencia de familias *queer* no es una novedad: por décadas, y de diversas maneras, las personas LGBTQ han ido construyendo arreglos afectivos alternativos en los que la presencia de hijos no es extraña. Lo que sí es novedoso

⁵⁵ Países escandinavos, Dinamarca, Francia o Inglaterra.

es la politización de estos arreglos y que busquen ser incorporados como una alternativa legítima. Las personas LGBTQ pretenden que se les reconozcan sus derechos como padres y madres, pretensión que involucra, entre otras, dimensiones legales, morales, religiosas, culturales y científicas.

Los inicios de la década del setenta en Estados Unidos fueron un momento central en la visibilización y defensa política de padres y madres LGBTQ. Esta defensa se debió, en gran medida, a la movilización de las lesbianas, que en el movimiento de mujeres, tanto como en el de diversidad sexual, incluyeron la posibilidad de retener la custodia de sus hijos biológicos una vez divorciadas. La primera organización de la sociedad civil que politizó este tema —en Estados Unidos, al menos— fue *Lesbian Mothers National Defense Fund* (LMNDF), creada en 1974, en Seattle, para lidiar con las cuestiones legales de las madres lesbianas.⁵⁶ Paulatinamente, el tema de la paternidad y de la maternidad, y los derechos relacionados, empezaron a ocupar un espacio destacado entre las demandas del movimiento por la diversidad sexual.

También en la década de los años setenta comienzan a aparecer en los medios académicos y periodísticos artículos que se ocupan de la situación de los padres y de las madres homosexuales. En esos años, en Estados Unidos, éste empieza a ser tema de discusión en los medios masivos de comunicación, y aparecen análisis académicos sobre la discriminación de la que principalmente son objeto las mujeres con hijos. Uno de esos antecedentes es el libro de Phyllis Lyon y Del Martin, *Lesbian/Woman* (1972), y en particular un capítulo sobre madres lesbianas.⁵⁷ Tanto los artículos periodísticos como los académicos estaban destinados a hacer visible la existencia de estos padres y madres, y de la marginalidad a la que eran sometidos. Además inscribían, públicamente, argumentos que afirmaban que entre el rol de padres y madres de las personas o parejas LGBTQ, y el de los heterosexuales, no existía diferencia alguna.

En los últimos años, tanto el número de organizaciones como el de investigaciones a favor del reconocimiento de los derechos de los padres y de las madres LGBTQ se ha incrementado. Junto con el crecimiento y la transnacionalización del movimiento por la diversidad sexual, se han globalizado también las demandas que buscan modificar las barreras legales que traban el ejercicio efectivo de los derechos. Luego de décadas de activismo, el movimiento ha logrado avanzar de manera considerable en el reconocimiento de los derechos parentales *queer*. Varios países han modificado sus legislaciones y jurisprudencias para dar cabi-

⁵⁶ Ver Nancy Polikoff, “Raising Children: Lesbian and Gay Parents Face the Public and the Courts”, en John D’Emilio, William B. Turner, Urvashi Vaid, eds., *Creating Change. Sexuality, Public Policy, and Civil Rights*, St. Martin’s, New York, 2000.

⁵⁷ Nancy Polikoff, “Raising Children: Lesbian and Gay Parents Face the Public and the Courts”, *op. cit.*, p. 308.

da, aunque sea parcialmente, a los derechos filiales para las personas y parejas LGBTQ. Lo que hace algunas décadas eran situaciones inexistentes, se han convertido en una dimensión política importante en las sociedades democráticas contemporáneas.

Dos situaciones sobre personas LGBTQ en particular han recibido más atención de las regulaciones legales y judiciales: la guarda-tenencia de hijos y la posibilidad de adoptar menores.⁵⁸ Aunque entran en juego diversos aspectos, en ambos casos se discute si la sexualidad es o no una limitante para criar hijos. Los debates en torno a estas situaciones ponen de manifiesto las distintas construcciones legales (y extralegales) sobre la sexualidad. En el caso de la guarda-tenencia, se está frente a personas LGBTQ que ya son padres o madres; lo que se discute es si debido a su identidad sexual se deben limitar sus derechos —el derecho a la tenencia de los hijos— frente a los de las personas heterosexuales. En el caso de la adopción, en cambio, se discute si se debe autorizar a las personas LGBTQ para ser padres o madres a partir del reconocimiento de su derecho a adoptar.

A. PRIMER PROBLEMA: LA ADOPCIÓN

Bien sea por la imposibilidad de tener hijos biológicamente, o por elección, la adopción es un proceso al que se acude con frecuencia. No sólo hace posible que las personas que así lo desean se realicen como progenitores, sino que también ofrece la posibilidad de un hogar a los menores que por diversas razones no pueden ser criados por sus padres biológicos. Aunque cualquier persona o pareja puede acceder al cuidado y educación de menores, la adopción reconocida formalmente por el Estado otorga a los padres y a los menores una serie de derechos y protecciones que la mera tenencia no contempla. Para que las personas o las parejas interesadas puedan adoptar, el Estado solicita ciertos requisitos: edad mínima del adoptante, diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado, posibilidades socioeconómicas e idoneidad moral, entre otros. Estos requisitos garantizan la existencia de ciertas condiciones del hogar al que se entregará al menor como parte del proceso de adopción. El requisito de la idoneidad moral, en particular, abre la puerta a la discrecionalidad. La heteronormatividad, como sistema de dominación, considera que las personas LGBTQ no son aptas, pues en su definición de adopción se contempla exclusivamente la heterosexualidad. Con el objetivo de romper esta construcción, el

⁵⁸ El uso de las tecnologías reproductivas es otro recurso que hace posible la parentalidad *queer*, y trae al derecho importantes cuestionamientos.

movimiento por la diversidad sexual ha incluido entre sus demandas el derecho de las personas LGBTQ a adoptar.

Este derecho se ha convertido en uno de los temas más controvertidos. Posturas religiosas, morales, médicas, psicológicas y legales rechazan el que personas LGBTQ puedan adoptar legalmente. La cuestión de la adopción se ha transformado, para algunos, en un límite que el proceso de reconocimiento de derechos a este grupo no puede traspasar. La idoneidad moral es, precisamente, el requisito que se utiliza para denegarles ese derecho. Esta postura asume que sólo los heterosexuales están en condiciones de ser padres o madres adoptivos. Frente al paulatino reconocimiento de derechos en diversas áreas, éste, el de la adopción para las personas LGBTQ, es el que más resistencia encuentra.

Las reacciones adversas frente a este tema no sólo vienen de los sectores que se oponen a los derechos sexuales y reproductivos en general, sino también de quienes tienen una posición más amplia y abierta al respecto. Del primer grupo, la Iglesia católica es el principal actor: moviliza importantes recursos para evitar que a los no heterosexuales les sea permitido adoptar. La Congregación para la Doctrina de la Fe, cuando su prefecto era el actual Papa, sancionó en el año 2003 un documento en el que expresamente se pronuncia en contra de que las parejas del mismo sexo tengan la posibilidad de adoptar.⁵⁹ La adopción de niños por parte de homosexuales es señalada no sólo como una práctica inmoral y contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también como un acto de violencia hacia los menores. Este documento considera que “la ausencia de la bipolaridad sexual crea obstáculos al desarrollo normal de los niños eventualmente integrados en estas uniones”.⁶⁰

No es sorprendente que la Iglesia y sus sectores aliados se opongan al reconocimiento de derechos sexuales, pero la resistencia a la adopción por parte de personas LGBTQ también se da entre sectores que apoyan otro tipo de demandas del movimiento por la diversidad sexual. Existen sectores que, a pesar de aceptar el reconocimiento formal a las parejas del mismo sexo, se oponen a que se les permita adoptar. En Europa, por ejemplo, la proporción de los que se oponen a que las personas LGBTQ adopten es más alta que la que está en contra del matrimonio de parejas del mismo sexo. Por ello existen países donde, aunque se legaliza la situación de estas parejas, no se les permite adoptar. Éste es el caso Francia: las parejas del mismo sexo fueron reconocidas, pero se les negó expresamente el derecho de adoptar.

⁵⁹ “Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales”, Congregación para la Doctrina de la Fe, 2003.

⁶⁰ *Ibid.*

Dos supuestos aparecen cuando se considera específicamente la posibilidad de adopción legal por parte de las personas LGBTQ.⁶¹ La situación que más resistencia legal ofrece es la adopción conjunta por parte de una pareja conviviente del mismo sexo. Las legislaciones exigen en general que los adoptantes de manera conjunta sean matrimonio, lo que de entrada excluye a las parejas del mismo sexo por no hacer parte del régimen matrimonial. Sin embargo, existen legislaciones que permiten que parejas del mismo sexo adopten. Los Países Bajos, en el año 2001, fueron los primeros en autorizar esta posibilidad: las parejas homosexuales tienen igual derecho de adoptar que las parejas heterosexuales, pero la adopción se restringe a los niños de nacionalidad holandesa. Suecia otorgó el derecho en el año 2003 pero, a diferencia de Holanda, contempló la adopción de niños extranjeros. Inglaterra, en el año 2002, permitió también la adopción a las parejas del mismo sexo. En el año 2002, la Corte Constitucional de Sudáfrica decidió que las parejas del mismo sexo tienen derecho a adoptar menores, y que las leyes que lo prohíban violan los principios constitucionales,⁶² en el 2006 se sancionó la Civil Union Act, que equipara los derechos de las parejas del mismo sexo con los de las parejas heterosexuales.

El hecho de que España comparta con el resto de Latinoamérica la presencia histórica de la Iglesia católica, que con su peso político dificulta cualquier reforma relacionada con género o sexualidad, lo convierte en este sentido en un caso importante. En el año 2005, España reformó su derecho de familia, equiparando la situación de las parejas homo y heterosexuales, equiparación que cobijó también la posibilidad de adoptar.

Otro supuesto legal al que las personas LGBTQ pueden recurrir para poder adoptar un hijo es el conocido como *second-parent adoption*, o adopción del hijo o de la hija del conviviente homosexual. Un grupo de países permite que la pareja homosexual de una persona que tiene un hijo biológico —o inclusive uno adoptivo— pueda adoptar a ese menor. Dinamarca, Alemania, Islandia y Noruega son algunos de los países que reconocen la posibilidad legal de adopción de los hijos del conviviente homosexual.⁶³ Diversos estados de los Estados Unidos —California, Connecticut, Massachussets, Nueva York, Wa-

⁶¹ G. Medina, *Uniones de hecho: homosexuales*, op. cit.

⁶² *Du Toit and another v. Minister of Welfare and Population Development and others*, September 10, 2002 (Same-Sex Couple Adoption).

⁶³ En Francia, en el año 2006, la Corte de Casación concluyó que las parejas de una relación homosexual tienen derechos filiales sobre los hijos biológicos de su pareja. Sin embargo, a principios del 2007, el más alto tribunal francés denegó a una pareja lesbiana el derecho de adopción, con el argumento de que ésta sólo será posible cuando la ley permita el matrimonio homosexual.

shington D.C., entre otros— autorizan también, y de manera expresa, la figura del *second-parent adoption*.

Finalmente, el otro supuesto de adopción es el que individualmente llevan a cabo las personas LGBTQ. Los sistemas legales en general no excluyen expresamente a estas personas de la posibilidad de adoptar,⁶⁴ razón por la cual este mecanismo se ha extendido más que los otros.⁶⁵ Pero en muchos países esa posibilidad lo es justamente porque la identidad sexual del individuo no es visible. Si lo fuera, el pedido de adopción podría ser rechazado con el argumento del interés superior del menor. El caso *Fretté v. France* es ilustrativo: según la Corte Europea de Derechos Humanos, en un fallo dividido, el que al señor Philipp Fretté se le hubiera negado la posibilidad de ser padre adoptivo debido a su homosexualidad fue razonable, objetivo y no discriminatorio.⁶⁶

En Latinoamérica, una pareja del mismo sexo no está autorizada legalmente para adoptar. En los casos excepcionales en los que parejas del mismo sexo tienen algún reconocimiento —en México o en Argentina—, los derechos de adopción no están contemplados. Si las personas LGBTQ tienen la posibilidad de adoptar, es porque la no prohibición manifiesta, o el que la heterosexualidad no sea un requisito expreso, les permite hacerlo como individuos, no como pareja. El movimiento por la diversidad sexual ha comenzado a politizar la necesidad de que tanto a las personas como a las parejas LGBTQ les sea permitido adoptar un hijo. El caso de Argentina es un ejemplo: el proyecto de Ley Nacional de Unión Civil incluye la adopción por parte de las parejas del mismo sexo. La presentación de este proyecto fue acompañada con un libro que desde diversas miradas y disciplinas argumenta y justifica la necesidad de reformar las leyes de adopción para que las parejas del mismo sexo lo puedan hacer como las demás parejas.⁶⁷

La jurisprudencia en la región registra algunos avances. En Brasil, por ejemplo, hubo un caso destacado: en el año 2002, un juez de Río de Janeiro le otorgó la guarda del hijo a una mujer lesbiana tras la muerte de su pareja. Otro precedente importante se sentó en el año 2006, cuando el poder Judicial autorizó que una pareja de hombres adoptara a una menor. Uno de los miembros de la

⁶⁴ *Fretté v. France* (36515/97), Corte Europea de Derechos Humanos.

⁶⁵ En Estados Unidos la adopción a nivel individual de personas LGBTQ es legal en todos los estados menos en Florida. Florida Law 1977: ninguna persona puede adoptar si es homosexual. En Mississippi las parejas gays-lesbianas tienen expresamente prohibido adoptar, y en Utah esta prohibición es aún más severa: comienza por las personas que no están legalmente casadas.

⁶⁶ *Fretté v. France* (36515/97), Sección Tercera, Corte Europea de Derechos Humanos, 26-02-2002.

⁶⁷ Horacio Raíces Montero, *Adopción: la caída del prejuicio*, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 2004.

pareja había adoptado ya a la niña; posteriormente el pedido se extendió a su pareja. Estos casos representan hitos importantes en relación con el replanteo de las reglas que regulan la adopción y, también, en relación con la forma como se construye la familia en las sociedades contemporáneas. Aunque responden a las situaciones concretas que propiciaron esas decisiones, en todo caso se trata de procesos judiciales que van resquebrajando el razonamiento judicial hegemónico que niega a las parejas del mismo sexo la posibilidad de adoptar.

La situación de las personas trans es mucho más precaria que la del resto del colectivo de la diversidad sexual. Como se dijo ya, las personas trans no gozan siquiera de garantías sobre los que serían sus derechos de ciudadanía básicos, y su situación legal es, en general, bastante más vulnerada. En el caso de las travestis,⁶⁸ por ejemplo, la violencia policial y social a la que son sometidas por su expresión de género ha sido extensamente documentada.⁶⁹ Aunque excepcionales, ha habido avances jurisprudenciales en relación con la posibilidad de que las travestis adopten. El Patronato Nacional de la Infancia de Costa Rica (PANI), en el año 2003, le otorgó a Mairena, una travesti, el “depósito provisional” de un niño de 9 años al que ella cuidaba desde bebé. El “depósito provisional” representa el primer paso de la adopción legal. El Patronato consideró que Mairena “[...] le ha brindado alimentación, cuidado, vigilancia, crianza, educación, asistencia, recreación, salud, vestimenta, vivienda, afecto y otras necesidades, hoy derechos, asumiendo el rol de un buen padre de familia”.⁷⁰ En el año 2006, el juez de menores de Río Cuarto, Argentina, otorgó la tenencia provisoria de dos menores a una travesti, aunque aclaró que esto no implicaba el inicio de un proceso legal de adopción. En una entrevista periodística, el Magistrado de la causa afirmó que su principal temor era que la tenencia provocara rechazo entre los vecinos y que eso alterara la calma que necesitan los pequeños, pero ocurrió lo contrario: “Esperaba un palazo a causa de los prejuicios, pero la gente terminó expresándole su apoyo”.⁷¹

Sin embargo, la heteronormatividad, sin duda alguna, continúa siendo una construcción central al momento de decidir si las personas LGBTQ están o no

⁶⁸ El término travesti “designa, por lo general, a una persona asignada al género masculino al nacer, cuya expresión de género se corresponde con alguna versión culturalmente inteligible de la feminidad”. En Mauro Cabral y Javier Leimgruber, “Glosario en construcción”, disponible en www.convencion.org.uy/02docs/DocumentosWord/serias3_5.pdf.

⁶⁹ L. Berkins y J. Fernández, *La gesta del nombre propio. Informe sobre la situación de la comunidad travesti en la Argentina*, op. cit.

⁷⁰ La cita se extrajo de la página web de la Comisión Internacional de Derechos Humanos para gays y lesbianas: <http://www.iglhc.org/site/spanish/section.php?id=39&detail=3>.

⁷¹ Diario *Puntal Río Cuarto*, Córdoba, Argentina, sábado, 4 de agosto de 2007, en www.diario-puntal.com.ar/imprimir_noticia.php?id=5067.

en condiciones de adoptar menores. Frente al avance del movimiento por la diversidad sexual, el razonamiento judicial heteronormativo se ha sofisticado y, aunque aún se sigue excluyendo a las personas LGBTQ con justificaciones evidentemente homofóbicas —incompatibilidad esencial entre la homosexualidad y el ser padre o madre—, no es poco común que se las excluya aduciendo otra clase de razones. La creciente concienciación que ha logrado el activismo frente a la no discriminación o a la tolerancia no implica necesariamente un razonamiento judicial más plural, y en consecuencia la legalidad de las personas LGBTQ como adoptantes.

Un caso interesante en este sentido es el de una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia del año 1995. El actor, José Gerardo Córdoba, acude a la Corte porque afirma que su homosexualidad ha sido el único factor que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) tuvo en cuenta para declarar a la niña en estado de peligro y asignar su custodia a terceros. La Corte sostiene, sin embargo, que

[...] resulta evidente que el ICBF tuvo razones objetivas suficientes para decretar las medidas de protección que consideró necesarias en favor de la menor xx, y que su actuación no fue arbitraria ni se debió a prejuicio de sus funcionarios respecto de la sexualidad del señor Córdoba.⁷²

Las razones objetivas a las que se refiere la Corte tienen que ver con el tamaño de la vivienda, el lugar donde está localizada y la embriaguez del “amigo o compañero del actor”. Pero lo más destacable de esta sentencia es la aclaración del voto, que pone en evidencia la injerencia de la sexualidad en el razonamiento judicial y a la vez reafirma, de manera disidente, que la homosexualidad no puede ser el motivo que se aduzca cuando se le niega a una persona el derecho de adoptar.

El ahora ex magistrado Carlos Gaviria Díaz, en su aclaración del voto, deja constancia del razonamiento heteronormativo implícito de la Corte. A pesar de que la decisión se basa en una serie de motivaciones no relacionadas con la identidad sexual, una versión del fallo pretendió dejar constancia expresa de que “negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución”. Sin embargo, algunos magistrados decidieron excluir la aclaración, y finalmente quedó por fuera de la sentencia definitiva. Motivado por esto, el magistrado Gaviria Díaz decidió expresar su posición al respecto en la aclaratoria del voto:

⁷² Sentencia T-290 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia.

El suscrito juzga necesario explicitar, con toda nitidez, que esas palabras condensan de modo inequívoco su pensamiento sobre el asunto. La homosexualidad no es en sí misma un lastre moral, pues el comportamiento recto o desviado de una persona nada tiene que ver con sus preferencias sexuales.

En el caso referido, el actor interpuso tutela contra la resolución de Bienestar Familiar, justamente porque se sintió discriminado en razón de su homosexualismo. Pienso que era un deber de la Sala no sólo exponer las razones de otro orden, justificativas de la decisión, sino sentar, sin la más mínima vacilación, que el comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y que es aquél, y no éstas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño.

En los temas relacionados con la sexualidad, algunos instrumentos como las disidencias, las aclaratorias y los salvamentos cobran importancia. Es muy común que sea allí donde se plasmen las elaboraciones más favorables a las personas LGBTQ. Aunque estas disidencias no logren ser parte de la decisión mayoritaria, empujan los límites de las interpretaciones más allá de lo acordado, y aportan importantes líneas de razonamiento judicial que quedan desdibujadas en la trascendencia del voto mayoritario. El caso que a continuación se propone para análisis es un ejemplo claro de la forma en la que el razonamiento judicial progresista se plasma en votos minoritarios.

Las políticas de naturalización de la familia

Una dimensión fundamental en disputa al momento de discutir los derechos de las personas y parejas LGBTQ de adoptar es la definición de familia. ¿Cuáles son los vínculos que el Estado debe legitimar y proteger como parte de los arreglos familiares?

Con el fin de enriquecer el análisis de las diferentes respuestas que nutren gran parte de los debates, alianzas y conflictos en las democracias contemporáneas, remito al lector al capítulo “Familia” de este libro. En la actualidad, una línea central de antagonismo surge entre aquellos que defienden la familia como una realidad única, y quienes consideran que el pluralismo debe ser reconocido; pluralismo que no es sólo la coexistencia fáctica de distintos arreglos familiares, sino, aún más importante, el reconocimiento de que estos arreglos merecen la misma legalidad y legitimidad.

La discusión sobre los derechos de las personas LGBTQ como padres y madres es parte del debate sobre las familias en las sociedades contemporáneas. De un extremo y del otro en este debate se articulan diferentes definiciones sobre la familia que representan posturas opuestas frente a las personas LGBTQ. Para un

sector, reconocerles derechos sería un ataque directo a la familia como institución social básica. La filiación es esencialmente un vínculo de heterosexuales; igualar los derechos de unos y otros equivaldría a romper el orden simbólico y social sobre el que se asienta la familia. Para el sector opuesto la familia es, en cambio, una construcción histórica y cultural. La legitimación de las personas LGBTQ como padres o madres es, simplemente, un reconocimiento del carácter plural y diverso de los arreglos familiares en las sociedades contemporáneas. La demanda de estos derechos es una demanda de una sociedad más justa y democrática.

El poder Judicial es importante en esta disputa: los jueces y las juezas tienen el poder de legitimar una u otra definición de familia y, por lo tanto, de reconocer o no los derechos de las personas LGBTQ. Los jueces y juezas imponen identidades y éstas tienen consecuencias simbólicas y prácticas. La legitimidad del tipo de familia que se reconozca desde el derecho se constituirá en la regla con la que se medirán otros arreglos familiares. El decidir que la homosexualidad es una limitante para el ejercicio de la paternidad o de la maternidad no sólo tiene consecuencias en lo simbólico —y en este caso se refuerza la heteronormatividad—, sino también consecuencias prácticas para las personas a las que se les limita el ejercicio concreto de ciertos derechos.

Los extractos de sentencias que se presentan a continuación reflejan las muchas veces opuestas formas en las que, desde el razonamiento judicial, se define la familia para justificar distintas soluciones en relación con los derechos de las personas LGBTQ. Es interesante revisar en estos extractos cuáles son las diferentes concepciones de familia que ofrecen y qué consecuencias tienen estas concepciones para las personas LGBTQ.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-814 de 2001

Problema jurídico

Las expresiones “idoneidad moral” y “la pareja formada por el hombre y la mujer”, establecidas como requisitos de adopción por el artículo 89 del Código del menor, y el numeral 2 del artículo 90 del mismo estatuto, ¿son violatorias de los artículos 5, 13, 16, 42, 44, 45 y 67 de la Carta Fundamental, y discriminatorias de la condición homosexual?

Hechos

El ciudadano Luis Eduardo Montoya Medina, actuando en nombre propio, y haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 241, numerales 4 y 5 de la Constitución Política, demandó ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de

la expresión “moral”, contenida en el artículo 89, “por el cual se expide el Código del menor”, y el numeral 2 del artículo 90 del mismo estatuto, por considerar que violaban los artículos 5, 13, 16, 42, 44, 45 y 67 de la Carta Fundamental.

Decisión de la Corte

Declara exequible la palabra “moral” contenida en el artículo 89, por el cual se expide el Código del menor, y declara exequible la expresión “La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”, contenida en el numeral 2 del artículo 90.

Extractos

[...]

Dicen los dos primeros incisos del artículo 42 de la Constitución Política:

[...] La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

La interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. A eso se refiere inequívocamente la expresión “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Pero si esta interpretación exegética no se considerara suficiente, la histórica corrobora la conclusión expuesta.

[...]

Ahora bien, tampoco el hecho de que la familia que el constituyente optó por proteger sea la que emana de la unión heterosexual y monogámica tiene el alcance de discriminar a quienes deciden mantener una relación homosexual estable. Reiterada jurisprudencia constitucional, entre ella la que acaba de citarse, hace énfasis en que la Constitución no prohíbe esta opción de vida.

[...]

La naturaleza heterosexual y monogámica de la familia en la Constitución tiene relevantes consecuencias en la estructura de las relaciones jurídicas y de parentesco que se dan dentro de la familia adoptiva. Aparte de las relaciones conyugales que se presentan entre los cónyuges, o de las que se establecen entre los compañeros permanentes, reguladas principalmente por el Título IX del Código civil, y por la ley 54 de 1990, respectivamente, en esta familia, cuando existe prole adoptada, se

generan relaciones entre padres e hijos de familia que son reguladas por el Título XII del Código civil. Ahora bien, estas relaciones jurídicas que se establecen por la ley se dan entre padres adoptivos unidos por matrimonio o pareja de hombre y mujer convivientes en unión marital de hecho y los hijos adoptivos, en igualdad de condiciones.

Constitucionalidad de la restricción introducida por el numeral 2 del artículo 90 del Código del menor, respecto de la posibilidad de adoptar menores de edad

[...]

Así las cosas, lo que debe determinarse en el presente caso es si la hipótesis de hecho regulada por la norma acusada, esto es la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales que han vivido en unión libre por lo menos tres años, es idéntica a la de las parejas homosexuales que han vivido en la misma situación por ese tiempo, de tal manera que se imponía al legislador dar el mismo trato a ambas situaciones, concediendo en los dos supuestos la autorización para adoptar en forma conjunta.

A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener una familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no sólo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción.

En realidad, la disposición que ocupa la atención de la Corte únicamente pretende proteger la familia constitucional, concediéndole el derecho de constituirse con fundamento en la adopción. No discrimina a las parejas homosexuales, como tampoco a ninguna otra forma de convivencia o de unión afectiva que pudiera llamarse familia, pero que no es la protegida por el artículo 42 de la Constitución. Por eso no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar.

Por todo ello, se ajusta a la Constitución el que el legislador limite la libertad del juez que decreta la adopción, señalando que la autorización para adoptar sólo puede ser concedida a quienes pretenden conformar la familia que el constituyente quiso proteger. Éste y no otro es el interés superior del menor, dentro de la axiología determinada por las normas superiores.

[...]

Evidentemente, se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la Constitución, que pretenden adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra. No obstante, esta tensión de derechos es resuelta por la misma Carta, que en su artículo 44 señala perentoriamente la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Así las cosas, puede decirse que la restricción aludida emana de las propias normas superiores, y que la disposición parcialmente acusada se limita a recoger la solución constitucional.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,
[...]

Salvamento de voto a la Sentencia⁷³

Consideramos que la Constitución no protege solamente a la familia monogámica heterosexual, como lo afirma la sentencia. En segundo lugar, mostraremos por qué la restricción legal, general y abstracta, de limitar la adopción conjunta a parejas heterosexuales no atiende el interés superior del niño, es discriminatoria, desconoce el derecho a la autonomía personal y atenta contra los principios de la dignidad humana y el pluralismo.

La expresión “formada por el hombre y la mujer” debió haber sido declarada inexecutable, para que sean los funcionarios competentes, quienes después de hacer los correspondientes estudios psicológicos, económicos, y demás, decidan si para cada caso concreto el interés superior del niño coincide o no con el deseo de una pareja, heterosexual u homosexual, de adoptarlo. No creemos que ello sea posible establecerlo de manera general, previa y abstracta, con base en la imposición de una visión de familia que desconoce el espíritu amplio y democrático de la Constitución del 91.

[...]

A nuestro juicio, cuando la mayoría de los magistrados de la Sala Plena resolvió que no es contraria a la Carta Política del 91 una norma que sólo permite adoptar conjuntamente a las parejas heterosexuales, antes que analizar a fondo el caso, se preocupó por imponerle a toda la sociedad colombiana una concepción de familia monogámica y heterosexual, que según ellos, es la que contempla y defiende la Constitución. Por ello, el propio fallo señala que dicha norma “no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar”.

⁷³ Salvamento suscrito por los magistrados Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba y Eduardo Montealegre.

¿Cómo pudo omitir la Sala Plena que el inciso en el que se regula precisamente el tema de la decisión de tener hijos, la mención a “la pareja” no tiene acotación de ninguna especie? La norma no hace distinción alguna, no exige que la pareja sea heterosexual. Los homosexuales, como las demás personas, tienen derecho a decidir junto con su pareja el número de hijos que pueden tener.

Para quienes salvamos el voto, cuando el primer inciso del artículo 42 establece como vía para constituir la familia la “voluntad responsable de conformarla”, se introduce al texto constitucional una concepción amplia de familia que permite proteger formas diversas a la constituida mediante matrimonio.

[...]

Contempla, por ejemplo, la mujer soltera con hijos (mujer cabeza de familia, protegida especial y expresamente por el artículo 43 de la Constitución); las parejas en unión libre, homosexuales y heterosexuales; todas aquellas formas de organización familiar diferentes que provengan de visiones culturales o religiosas constitucionalmente protegidas; o aquellas que puedan ser previstas o reconocidas por el legislador como tales. Todos los colombianos, sin importar el color de su piel, su clase social, la cultura a la que pertenezcan o si son homosexuales, tienen derecho a conformar una familia por el ejercicio de su voluntad siempre que ésta sea responsable.

[...]

La Constitución protege así los derechos de todos los niños por igual, sin importar cómo hayan sido concebidos ni quiénes sean sus padres. Como dijimos, se trata de una visión amplia que incluye las nuevas posibilidades de organización social, por ejemplo, una familia constituida por una mujer homosexual que se insemina artificialmente, la cual, al ser mujer cabeza de familia, recibe además una protección especial.

Además, la Sala no tuvo en cuenta realmente en su análisis el interés superior del niño, pese a ser una institución a la que se hace referencia a lo largo del fallo, así como tampoco fue sensible a si la norma implica alguna violación al derecho a la igualdad y a la autonomía personal.

En primer lugar, quienes salvamos el voto consideramos que la Constitución no protege solamente a la familia monogámica heterosexual, como lo afirma la sentencia. En segundo lugar, mostraremos por qué la restricción legal, general y abstracta, de limitar la adopción conjunta a parejas heterosexuales, no atiende el interés superior del niño, es discriminatoria, desconoce el derecho a la autonomía personal y atenta contra los principios de la dignidad humana y el pluralismo.

Ahora bien, si en lugar de mirar tan sólo una frase de la Constitución, se hace una lectura sistemática de la Carta Política, esto es, una lectura integradora de todo el texto constitucional, es claro que una concepción amplia de familia coincide con el espíritu pluralista, democrático y respetuoso de la diversidad que inspira a la Constitución de 1991. A diferencia de la Carta Política de 1886, el texto constitucional

vigente no se comprometió con una visión cultural o religiosa que fuera asumida como “oficial” y excluyera a grupos o sectores sociales que no la compartieran. Contrario a lo sostenido por la Sala, la Constitución del 91 goza de un espíritu inclusivo; busca que todos los colombianos sean reconocidos, sin desconocer su cultura, sus tradiciones, su orientación sexual o cualquiera que sea su visión del mundo, grupal o individual.

En efecto, el artículo primero señala que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de una república “democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana” [...]. Imponer la concepción de familia heterosexual y monogámica es contraria a los preceptos constitucionales citados. [...]

La Carta consagra también una serie de garantías constitucionales de cuyo ejercicio pueden desarrollarse concepciones diversas de familia, las cuales, en consecuencia, se encuentran también protegidas constitucionalmente. El derecho a la igualdad (artículo 13), por ejemplo, impide discriminar en razón a la orientación sexual y opinión filosófica, dejando a las personas en libertad de conformar parejas de carácter homosexual. El derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), que contempla la posibilidad de desarrollarse tan ampliamente como los derechos de los demás lo permitan, protege, por ejemplo, la decisión de conformar familia sin tener pareja alguna. O la libertad de conciencia (artículo 18), la cual impide que alguien pueda ser molestado por sus convicciones o ser obligado a actuar en contra de su conciencia, y la libertad de cultos (artículo 19), que protege a toda persona el derecho a profesar y difundir sus creencias, en forma individual o colectiva, libertades en virtud de las cuales alguien, por ejemplo, puede reclamar su derecho a practicar la poligamia porque así se lo ordenan los que él considera textos sagrados.

Todas estas cláusulas contemplan y protegen dimensiones posibles del desarrollo de las personas que comprenden, incluso, la conformación de tipos de familia diferentes a una pareja heterosexual monogámica.

La Carta Política del 91 asumió la posición de reconocer la diversidad y pluralidad cultural negada durante un siglo a múltiples grupos sociales. La decisión de la mayoría de los magistrados olvidó que la protección constitucional no es ciega a las familias indígenas de comunidades que no practican la monogamia o las formas sociales diversas de organización familiar que existen en el litoral pacífico o la costa atlántica. De hecho, sectores de la población como aquella que forma parte del movimiento de negritudes, vienen luchando para que se reconozca legalmente su concepto de familia, y en tal sentido han presentado proyectos de ley. [...]

A partir de esta intervención es claro que entre los constituyentes, incluso de los que más trabajaron este tema y defendieron que el matrimonio sólo fuera heterosexual, también estaba presente el interés por regular fenómenos sociales y nuevas formas

de conformar familia al interior de la sociedad colombiana. Por ello, se preocuparon de no cerrar la puerta a la evolución social y a la transformación legislativa que la acompañe. La Constitución de 1886, al igual que las leyes que la desarrollaron, eran ciegas a todos esos casos debido a su concepto estrecho de familia. Muchos delegatarios, y tal era su intención al votar, apoyaron un concepto amplio que regulara y protegiera la pluralidad de conformaciones sociales.

[...]

No aceptamos que la Corte haya fijado cuál es el interés superior del niño de forma general y abstracta, pues como la propia sentencia lo defiende, tal concepto sólo es posible definirlo en casos concretos y particulares. Es decir, la defensa del interés del niño, por encima de los intereses de los demás, hace referencia a los intereses concretos y específicos de cada niño, no a un interés general, supuestamente adjudicable a cualquier niño.

Es claro entonces que el interés superior del menor no es una entelequia abstracta que pueda ser definida por fuera de todo contexto y situación particular, como lo pretendió hacer la Corte, al decir que el interés de todo menor es pertenecer a una familia monogámica y heterosexual. El interés del menor es apreciable únicamente a partir del caso particular. Por supuesto que existen cosas que previamente y sin consideración alguna de casos reales pueden ser consideradas benéficas para todo niño o niña, pero el principio del interés superior del menor supone evaluar y ponderar situaciones concretas y posibles.

[...]

Sin embargo, la situación real de muchos de los niños y niñas actualmente en Colombia es dramática. La cantidad de ellos que se encuentran en situación de desprotección es considerable, sobre todo si se tiene en cuenta el número que efectivamente puede ser atendido por el Estado. Ahora bien, sin entrar a cuestionar los temores que puedan tenerse en torno a la eventual crianza de niños por parte de parejas homosexuales, quienes nos apartamos de la decisión mayoritaria no entendemos cómo es posible que se prefiera privar a un niño de recibir el cuidado y la atención necesaria para su adecuado crecimiento, en virtud de que, supuestamente, ése es su “interés”.

[...]

La paradójica situación que acabamos de describir se produce, como dijimos, porque antes que pensar en la defensa de los derechos e intereses de los niños, la Sala está primordialmente interesada en defender una concepción de familia única y excluyente, la unión monogámica heterosexual.

La estrategia argumentativa de la Sala consiste en decir que sólo la pareja heterosexual da origen a una familia. En esa medida no es susceptible de ser comparada con una pareja homosexual y, por lo tanto, se justifica todo trato diferente respecto de cualquier otro tipo de relación que por no ser monogámica y heterosexual, no

es familia. Así, ningún trato desigual, por arbitrario que parezca, constituye discriminación. Nuevamente, y como ya lo sostuvimos los magistrados abajo firmantes en el salvamento de voto a la sentencia |SU-62||3, debemos decir que esta posición denota una gran insensibilidad ante el tema de la igualdad.

A nuestro juicio, no es aceptable que la Corte Constitucional defienda una posición, según la cual toda persona tiene derecho a elegir libremente cómo quiere ser, a desarrollarse según sus creencias, sus inclinaciones o su particular concepción de mundo, pero que en caso de que lo haga no tendrá los mismos derechos que los demás. No es admisible una lectura de la Constitución según la cual toda persona puede ser homosexual, pero si lo es, entonces su pareja no tendrá derecho a ser beneficiaria de su afiliación como cotizante al sistema de salud, no podrá constituir una familia, su relación no tendrá ningún tipo de reconocimiento o protección legal, ni podrá adoptar hijos. Es decir, no es admisible decir que a una persona no se le discrimina por el simple hecho de que se le permite existir, así sea privándolo de buena parte de las garantías constitucionales. Ello va en contra no sólo de la función primigenia de la igualdad, consistente en evitar la discriminación, y la marginación por imposición jurídica. También contraría el texto del artículo 13, aun entendido en su sentido más formalista: “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y gozarán de los mismos derechos”. En este fallo, los principios fundantes de la libertad, la igualdad y la dignidad son subordinados a una concepción excluyente de familia.

[...]

La sentencia de la cual respetuosamente disentimos, ignora, para este caso, un derecho constitucional fundamental que en varias providencias memorables esta Corporación había protegido: el derecho a la autonomía personal. La Corte, hoy, le está imponiendo un modelo de relación de pareja a todos los colombianos: la monogámica heterosexual. Y a los homosexuales les está diciendo: sean como quieran, allá “ustedes”, pero no se relacionen entre sí, no creen vínculos afectivos sólidos y estables, no construyan comunidades significativas de vida, y no aspiren a ejercer los derechos que el texto de la Constitución reconoce a todas las personas como sujetos igualmente dignos.

No compartimos esa visión que anula el derecho a la autonomía personal. Es absolutamente individualista, a tal punto que sólo reconoce que un individuo, aislado, puede ser homosexual y no ser sancionado, con una condición: que no exprese libremente su orientación sexual de manera responsable con miras a conformar una pareja estable que aspire a adoptar un hijo.

La decisión de la Corte excluye, en cualquier situación, la posibilidad de que una pareja homosexual adopte una niña o un niño. Los suscritos magistrados consideramos que la expresión formada por el hombre y la mujer debió haber sido declarada inexecutable, para que sean los funcionarios competentes, quienes después de hacer los correspondientes estudios psicológicos, económicos, y demás, decidan

si para cada caso concreto el interés superior del niño coincide o no con el deseo de una pareja, heterosexual u homosexual, de adoptarlo. No creemos que ello sea posible establecerlo de manera general, previa y abstracta, con base en la imposición de una visión de familia que desconoce el espíritu amplio y democrático de la Constitución del 91.

Cuestiones a debatir

La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia inscribe la posibilidad de adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo en el debate sobre qué tipo de familia(s) deben ser legalmente protegidas por los Estados modernos. Esta discusión es una de las dimensiones de la política contemporánea tanto nacional como transnacional, en la que se entrecruzan aspectos culturales, religiosos y legales. Para algunos, la creciente legitimidad de las identidades sexuales diversas intensifica la necesidad de defender la familia como una institución esencialmente heterosexual. Desde esta postura, si bien debe evitarse la discriminación de las personas LGBTQ, la familia debe erigirse como el límite moral y legal para el avance de los derechos sexuales. En el caso de la adopción, el interés del niño se considera en tensión con la posibilidad de formar parejas del mismo sexo, ya que a éstas se las ubica en los márgenes del derecho. Para otros, en cambio, la familia es una realidad plural en la que ningún arreglo debería tener superioridad legal sobre el otro. El concepto de familia se ha ido ampliando, y el derecho debería de tener el suficiente dinamismo para incorporar esa diversidad. En la actualidad, gran parte del debate sobre esta diversidad apunta, precisamente, a las parejas del mismo sexo. La no discriminación requiere la legitimación de las parejas del mismo sexo y su capacidad de adoptar menores.

Preguntas

1. Identifique los argumentos que hacen que la conclusión del voto de la mayoría y la del salvamento sean opuestas. ¿Qué concepción de familia subyace en los argumentos de los magistrados del fallo mayoritario y en los del salvamento de voto? ¿Qué consecuencias tienen estas concepciones para las personas LGBTQ?

2. Analice el alcance y la justificación de la siguiente afirmación de la Corte:

Evidentemente, se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la Constitución, que preten-

den adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra.

B. SEGUNDO PROBLEMA: LA GUARDA-TENENCIA

La presencia de hijos biológicos lleva la discusión de la parentalidad *queer* a otro nivel: el punto ya no es si las personas pueden tener hijos bajo su cuidado o no, sino el grado de legitimidad y los efectos jurídicos que se le reconocerán a los vínculos filiales de las personas LGBTQ. Cuando estas personas tienen hijos biológicos, la discusión radica en si se deben limitar o no los derechos que esos vínculos implican.

Los mecanismos y motivaciones que llevan a las personas LGBTQ a tener hijos biológicos son diversos, pero una circunstancia habitual es la existencia, en algún momento, de una pareja heterosexual. Las biografías son tan múltiples y complejas como flexibles y cambiantes las identidades, razón por la cual es frecuente que las personas que se identifican como gays o lesbianas hayan tenido en alguna otra etapa de su vida parejas heterosexuales con las que tuvieron hijos biológicos. El fin de estas relaciones da inicio a la toma de una serie de decisiones con distintos niveles de conflictividad. Entre esas decisiones se destaca la guarda-tenencia de los hijos. En ciertos casos, la homosexualidad de alguno de los ex cónyuges ha servido de argumento para restringir judicialmente la guarda-tenencia. Estos casos, aunque no muy numerosos, han generado un importante debate judicial sobre la parentalidad *queer*, pues ponen en movimiento una serie de construcciones jurídicas, morales y científicas que se relacionan con debates más amplios sobre la sexualidad, la familia y el orden social en las sociedades contemporáneas.

La doctrina y la jurisprudencia han dado distintas soluciones. Para un sector, la sexualidad de las personas no debería ser una dimensión determinante al momento de juzgar las habilidades como padres o madres. Según esta postura, limitar los derechos de alguien por su orientación sexual es discriminatorio. Para otro sector, la (homo)sexualidad sí es un factor importante a la hora de determinar los derechos que se les debe reconocer a los padres y a las madres. Desde esta perspectiva, la heterosexualidad es la regla legal, moral y cultural que debe regir la filiación. Si bien la realidad es que las personas LGBTQ son padres y madres biológicos, según el criterio de esta última postura esta realidad debe ser regulada y restringida.

La forma en que la heteronormatividad permea el pensamiento judicial cuando se debaten casos de guarda-tenencia de menores es compleja. En principio se pueden identificar tres tipos de razonamientos heteronormativos que, si bien comparten la desconfianza frente a la capacidad de las personas LGBTQ

para ser progenitores, tienen matices.⁷⁴ En primer lugar, para algunos jueces la condición de homosexualidad es razón suficiente para denegar o restringir los derechos de los progenitores. Presentan la homosexualidad como una desviación o como una enfermedad; como tal, no se puede considerar en igualdad de condiciones frente a la heterosexualidad. Desde esta postura, existe una contraposición infranqueable entre la homosexualidad y el ser buen padre o madre, razón por la cual la guarda-tenencia del hijo, siempre que sea posible, se le otorgará al progenitor heterosexual.

Otra forma en que se manifiesta el pensamiento heteronormativo de los magistrados es cuando supeditan el reconocimiento del derecho de las personas homosexuales a la guarda-tenencia de los hijos a la acreditación de que esta situación no resultará nociva para los menores. Las minorías sexuales deben probar y demostrar que los menores no sufrirán consecuencias negativas. Esta exigencia no aplica para los heterosexuales. Aunque más avanzado que el razonamiento anterior, sigue privilegiando a la heterosexualidad como la regla.

Una tercera modalidad de manifestación del pensamiento heteronormativo, más compleja, es la que actualmente se utiliza en la mayoría de los casos judiciales en Estados Unidos. Se conoce como *nexus approach*, y sostiene que, si bien la homosexualidad no es dañina en sí misma —rechaza al primer enfoque—, puede ser utilizada para denegar la tenencia cuando existan pruebas —se invierte la carga de la prueba— sobre potenciales consecuencias negativas para los menores. En el *nexus approach*, la heterosexualidad continúa siendo la regla de normalidad, y supone que la vida de las personas LGBTQ queda abierta a la inspección y a lo público en esa búsqueda de elementos que desaconsejen la tenencia.

La guarda-tenencia de los hijos biológicos es una de las dimensiones de la parentalidad *queer* que defiende el movimiento por la diversidad sexual. Como se dijo, la politización de estas situaciones, al menos en Estados Unidos, surgió en la década del setenta, impulsada por las lesbianas que requerían protección de los hijos que habían tenido con sus parejas heterosexuales previas. El activismo avanzó notablemente en la visibilización y protección de estas circunstancias y, en general, el razonamiento judicial mayoritario comenzó a considerar que la (homo)sexualidad no debía ser considerada per se una dimensión significativa cuando se decide el régimen de guarda-tenencia por parte de gays y lesbianas.

De todos modos, aún existen decisiones judiciales que aluden a la orientación sexual de los progenitores como argumento para limitar los derechos de guarda-tenencia. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Mississippi, en el año 2001, consideró que la bisexualidad de una madre era causa suficiente

⁷⁴ Un análisis detallado de estas tres formas se puede consultar en Amy D. Ronner, *Homophobia and the Law*, American Psychological Association, Washington D.C., 2005, pp. 81-89.

para darle la custodia al padre; y la Corte Suprema de Alabama denegó la custodia a una madre lesbiana. En Europa es importante el caso Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal: el derecho a la guarda-tenencia de un hijo biológico le es denegado a un padre gay como una forma de defender la familia tradicional. La sentencia sostiene:

El niño debe vivir en un ambiente familiar, en una familia tradicional portuguesa, que no es ciertamente la situación a la que su padre ha decidido entrar, puesto que él está viviendo con otro hombre como si fueran hombre y esposa. No es nuestra tarea aquí determinar si la homosexualidad es o no una enfermedad o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos es una anomalía y los niños no deben crecer a las sombras de situaciones anormales [...].⁷⁵

Es importante destacar, sin embargo, que la Corte Europea sancionó a Portugal por este fallo. Sostuvo que la orientación sexual no podía ser considerada un factor determinante de la paternidad o maternidad responsable.⁷⁶

Algunos casos de guarda-tenencia de personas LGBTQ en Latinoamérica revelan distintas construcciones jurídicas, morales y científicas sobre parentalidad *queer* en particular y sobre la sexualidad en general. Si bien las disposiciones legales pueden dificultar o prohibir la adopción, no pueden impedir la reproducción biológica de las personas LGBTQ. Estos vínculos biológicos son inevitablemente legales, existen y tienen efectos jurídicos. Sin embargo, siguiendo la línea de que las personas LGBTQ no son buenos progenitores, se les limitan los derechos de ejercicio de la paternidad o maternidad.

A pesar de que los jueces deben elegir el “más apto” e “idóneo” para la guarda-tenencia de los menores, la identidad sexual ha dejado de ser un factor para tener en cuenta a la hora de tomar esa decisión. En Córdoba, Argentina, hubo un caso interesante en el año 2003.⁷⁷ En este caso se consideró que la condición sexual, per se, no podía constituir un factor determinante de la no idoneidad en la función parental; sostener lo contrario sería una muestra de discriminación “inaceptable en la actualidad”.

[...] Sin embargo no escapa a la suscripta que las razones, ocultadas en el escrito donde expone su petición, se fundan en la orientación sexual del progenitor y su conformación de una pareja homosexual con la cual convive, lo que se desprende de

⁷⁵ Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, Corte Europea de Derechos Humanos, Sección Cuatro, 21 de marzo de 2000. Traducción del autor.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Juzgado de Familia, Córdoba L., S. F. y A., C. P., N° 4. 06/08/2003.

sus propias manifestaciones vertidas en oportunidad de la declaración testimonial de la Sra. F., obrante a fs. 112 vta. infra y que fuera señalado por la Sra. asesora de familia en su meduloso dictamen. [Esto se conecta con reproche velado a la homosexualidad como en el caso Colombia, p. 19.]

En este espinoso y difícil tema traído de manera tangencial a consideración, no puede dejar de señalarse la intolerancia y hostilidad que subyace en la sociedad frente a la elección en la orientación sexual de las personas distinta a la esperada, y que cuando se habla de homosexualidad no se señala una conducta o comportamiento humano, sino que la misma categorización pretende, peligrosamente, hacer de ello un “diagnóstico”; trasladando, equivocadamente, el eje de la discusión, al hecho de si ser homosexual es bueno o malo, si es beneficioso o perjudicial, cuando en realidad la preocupación del juzgador debe ser, cualquiera sea la orientación sexual de los progenitores, averiguar si éstos reúnen las condiciones necesarias para desempeñar y cumplir el rol parental adecuadamente y tratar de desentrañar qué es lo mejor para el hijo.

[...]

Por ello el análisis no puede ni debe centrarse en el comportamiento sexual “no convencional” del progenitor, ya que éste en manera alguna constituye per se un factor que marque la falta de idoneidad en la función parental, lo importante y trascendente cuando de guarda de hijos se trata es [...] investiga[r] si este progenitor o aquel progenitor, más allá de su condición sexual, es o puede ser un buen padre, lo contrario implicaría establecer meras especulaciones sin basamento, que se convertirían en una fuente de discriminación inaceptable en la actualidad. Por otro lado, las consecuencias psíquicas de ser hijo de un padre homosexual en la actualidad son, al menos, desconocidas, manejándose más conjeturas que verdades en dicho tema; sin embargo, no cabe la menor duda de que la tendencia generalizada en la sociedad, y en especial demostrada en estos autos por la progenitora, de ocultar, disfrazar la realidad, omitiendo en su demanda nombrar la homosexualidad paterna, tratándola de “peligro moral” para los menores, entraña una conducta descalificadora ab initio y sin fundamento, que sólo puede influir negativamente en sus hijos, quienes requieren para crecer un discurso claro y despejado de todo fundamentalismo, que les permita insertarse en una sociedad pluralista, inclusiva, comprensiva y sin discriminaciones.

Es en este marco que las pruebas aportadas en autos y ya analizadas demuestran a las claras que la guarda ejercida por el progenitor durante más de [cinco] años, ha sido beneficiosa para ellos, no encontrándose indicio alguno de que la conducta sexual del progenitor haya sido contraproducente o ponga en riesgo el pleno desarrollo de la prole, ni tampoco existe indicación alguna en los dictámenes obrantes en autos de que en el futuro la continuación de esta situación puede ser perjudicial para ellos.

Sin perjuicio de señalar que tampoco puede constituir un presupuesto nuevo a tener en cuenta para variar la tenencia, toda vez que la homosexualidad del progenitor, conforme ha reconocido la madre, era ampliamente conocida por ésta a la fecha

de entrega de la tenencia de los menores, considerando en dicha oportunidad que “ningún riesgo” corrían con el padre (fs. 182). Por lo dicho corresponde rechazar los argumentos esgrimidos por la progenitora para fundar su pretensión basados en “graves inconvenientes de índole moral”, “situación grave” y “peligro moral” relacionados, también, con la orientación sexual del progenitor.

En términos generales, a pesar de la existencia de casos aislados como éste, la heteronormatividad continúa atravesando el razonamiento judicial, colocando a las personas LGBTQ en una situación de sospecha respecto al ejercicio de sus derechos.

El interés superior de los menores: políticas de protección

Cuando la definición tradicional de la familia entra en crisis, la ansiedad moral se vuelca sobre las responsabilidades de los adultos hacia los niños.⁷⁸ El “bienestar de los menores” se transforma en una ventana política de intervención por parte del Estado que a veces se basa en situaciones de riesgo real —malos tratos, violencia o abandono—, y otras veces canaliza las fobias y prejuicios sociales del momento —hogares monoparentales o parejas interraciales—. En este dilema, riesgo real o fobia social, se ubica en la actualidad el reconocimiento de las personas LGBTQ en relación con los vínculos filiales.

¿Los menores criados en hogares *queer* han sufrido más daños o han corrido más riesgos que los criados en los hogares heterosexuales? Los casos judiciales responden a esta pregunta de dos maneras opuestas: la postura heteronormativa sostiene que los hogares *queer*, sean monoparentales o constituidos por parejas, traen consecuencias negativas para los menores. A pesar de ser un tema predominantemente moral y religioso, el debate sobre las consecuencias negativas para los menores se ha transformado, también, en un debate científico —este tema se analiza con más detalle en la última parte de este capítulo—: se da por sentada la ocurrencia de una serie de consecuencias psicológicas negativas por la ausencia de un modelo “normal de sexualidad”. Otro daño al que esta perspectiva alude es a que los menores educados en “hogares *queer*” serán discriminados por su entorno social y de este modo se verá afectado su normal desenvolvimiento. La visibilidad o exteriorización de la diversidad sexual es una dimensión significativa cuando se juzga su legalidad y legitimidad.⁷⁹

⁷⁸ Ver Jeffrey Weeks, *Same Sex Intimacies. Families of Choice and other Life Experiments*, Routledge, New York, 2001, p. 157.

⁷⁹ Las sociedades y el derecho son más proclives a aceptar las diversidades sexuales cuando éstas se mantienen en secreto o invisibilizadas. En gran parte, la distinción que por décadas ha sostenido la Iglesia católica entre la homosexualidad como una condición objetiva —intrínse-

Otra postura sostiene que no se puede afirmar que los hogares hetero y los hogares *queer*, per se, impliquen unas consecuencias u otras para los menores. De este modo, el “interés de los menores” no se opone a los derechos de las personas LGBTQ de ser padres o madres.

Juzgado de Letras Villarrica, Chile
Jaime López Allende contra Jacqueline Karen Atala Riffo
29 de octubre de 2003

Problema jurídico

¿Configura la convivencia homosexual de la madre una violación al principio del interés superior del niño y una causal de inhabilidad para ejercer la patria potestad de las menores?

Hechos

En enero del año 2003, Ricardo Jaime López Allende presentó una demanda en contra de Jacqueline Karen Atala Riffo, de quien se encontraba separado de hecho desde el mes de mayo del año 2002. En la demanda, el actor reclama la tenencia de sus tres hijas menores. En su presentación, Jaime López Allende argumenta que la razón de la separación de su pareja y del reclamo de la tenencia de sus hijas obedece a la homosexualidad reconocida de Karen Atala, quien convive con su nueva pareja.

Decisión del juzgado

La demanda del progenitor es rechazada porque no existe causal legal alguna que inhabilite a Jacqueline Karen Atala Riffo para tener el cuidado personal de sus hijas menores.

Extractos

[...]

Que de acuerdo a lo previsto en el inciso 1° del artículo 225 del Código civil, encontrándose los padres separados de hecho, el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre y que para que esta regla pueda ser alterada es necesario un acuerdo de voluntad de los padres en los términos del inciso 2° del mismo artículo, lo que en

camente “desordenada” — y la homosexualidad como una opción, como una práctica, incidió en las construcciones sociales y legales heteronormativas que consideran que la amenaza se intensifica cuando la homosexualidad se vuelve opción e identidad. Esto adquiere relevancia porque, en el discurso dominante, la homosexualidad no parece reprochable si permanece en la esfera privada del individuo, pero si la conducta se vuelve visible, en el momento en que se expresa socialmente se hace reprobable. En esta expresión pública, el formar parejas es, para algunos, una forma de exteriorización en la que la identidad sexual es voluntaria y por ende más reprochable.

caso de autos no ha ocurrido, o una resolución judicial que confiera el cuidado personal de los hijos al padre cuando concurran las causales que la ley ha establecido para privar a la madre del cuidado personal de los hijos.

[...]

Que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 225 del Código civil, la ley presume la idoneidad de toda madre por lo que la prueba de la inhabilidad le corresponde al actor. En consecuencia, para privar a la madre de la tuición de las menores deberá acreditarse la inhabilidad a que se refieren los artículos 225 o 226 del Código civil en relación con el artículo 42 de la ley 16618.

[...]

Que, en relación a la inhabilidad de la madre de las menores de autos se rindieron las siguientes pruebas: informe de terapia de la demandada [...]; informe médico [...]; informe social [...]; carta del representante de la Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud [...]; informe de evaluación psicológica de la demandada [del] servicio médico legal [...]; e informe psicológico [...]. Que, con estas pruebas se dan por establecidos los siguientes hechos:

1. La orientación sexual de la madre no constituye un impedimento para desarrollar una maternidad responsable.
2. La demandada no presenta ninguna patología psiquiátrica que le impida ejercer su rol de madre.
3. De acuerdo al informe social de la demandada, no existen indicadores que permitan presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores en relación con el artículo 42 de la ley 16618.
4. La homosexualidad no está considerada como una conducta patológica.
5. La demandada no presenta ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno.

[...]

En relación con el buen o mal ejemplo o el peligro para la moralidad, se concuerda plenamente con el criterio establecido en fallo de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de fecha 27 de julio de 1993 (RDJ, tomo XC, secc. II, pág. 102) en cuanto señala que

[...] el buen o mal ejemplo para el menor o el peligro para la moralidad de éste no depende de la circunstancia de encontrarse sus progenitores unidos o no por vínculos matrimoniales, sino de los atributos, cualidades o defectos que posean por su calidad de personas, por su desempeño en el medio ambiente que los rodea, sus costumbres, su trabajo y por el respeto, la armonía y la preocupación constante por

los integrantes del grupo que se cobija bajo su mismo techo, todo lo cual sí influirá decisivamente en la vida de un menor.

Teniendo presente que los parámetros establecidos en el fallo cuyo segmento se transcribió, y analizada la prueba rendida en estos autos y particularmente aquella expuesta detalladamente [...] en relación con el lesbianismo de la madre y la presencia de su conviviente en la casa en que vivían con las menores, no se encuentran antecedentes para estimar la existencia de malos ejemplos o peligro para la moralidad de las menores.

[...]

Que, habiéndose también fundado la demanda de autos en el interés superior de las menores, corresponde a esta sentenciadora pronunciarse sobre este punto. En forma previa es necesario precisar que este interés superior del niño no es un derecho por sí solo y que tampoco se trata de una norma para aplicar en forma directa, sino que, más bien, es un principio que orienta, conduce, determina, fundamenta y limita la actuación de la sociedad respecto de los niños y que se debe manifestar en todos los ámbitos. En materia jurisdiccional se trata de un principio especial que sirve para lograr una interpretación armónica que tenga como fin la tutela judicial efectiva de los derechos de los justiciables, según lo expone la Jueza de Menores de San Bernardo, doña Alba Llanos Melussa, en su artículo “Interés Superior del Niño”, publicado en el Boletín N° 3 de la *Revista del Instituto de Estudios Judiciales*. En el mismo artículo expone que para determinar el sentido y alcance de la expresión “Interés Superior del Niño” es preciso tener en cuenta que el término “Interés” alude a un provecho, utilidad, ganancia, porque es el valor que en sí tiene una cosa; y en cambio, el significante “Superior” se refiere a lo que está más alto y en lugar preeminente respecto de otra cosa, aquello más digno respecto de otras cosas de menor aprecio y bondad.

Teniendo presente lo anterior, es posible concluir que el principio del interés superior del niño cobra aplicación específicamente frente a una colisión de derechos cuyo ejercicio simultáneo resulta incompatible. Así es posible afirmar que el derecho a la vida, a la integridad física o psíquica, a no ser separado de sus padres, a la identidad, a la no discriminación, son por esencia derechos de la más alta jerarquía que deben protegerse y privilegiarse cuando entren en conflicto con otros de menor jerarquía. Sin embargo, como se ha advertido, no se ha acreditado que la madre de las menores haya puesto en peligro el respeto de los referidos derechos de las menores, por lo que, en concepto de esta sentenciadora, el principio del interés superior del niño no ha sido vulnerado.

[...]

Que entre los fundamentos de la demandada para solicitar el rechazo de la demanda se alegó la discriminación que significaría el validar el concepto de familia reducido

a la unión entre un hombre y una mujer. Nuestra legislación no proporciona un concepto de familia y la Constitución Política de la República se limita a señalar que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

En oficio [...] de la Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, doña Cecilia Pérez Díaz, en el cual se acompaña una copia del informe de la Comisión Nacional de la Familia, se señala que dicha comisión reunió a personas de todos los sectores, ideologías y credos y consensuó una definición amplia, dinámica, integradora, respetuosa de las relaciones personales, reconociendo a “la familia como un grupo social unido entre sí por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza incluyendo las uniones de hecho cuando son estables”. De esta manera, señala el informe, reconoce una relación más allá de los vínculos de consanguinidad o afinidad, considerando la alianza de afectos como centro de la noción de familia.

Que el concepto de familia recién transcrito, en opinión de esta sentenciadora, se estima apropiado por el hecho de haber sido elaborado en base a una investigación de la realidad de nuestro país, dicho concepto es lo suficientemente amplio para comprender en él las distintas realidades que se dan en nuestra sociedad, teniendo siempre presente que el concepto de familia se encuentra en constante evolución y que es esencialmente relativo ya que variará según la época y el lugar que sea factor de análisis. Que en consecuencia, al tenor de lo expuesto, se estima que no es posible descartar a priori que uniones de hecho, diversas a las originadas en el matrimonio, puedan constituir un grupo familiar.

Corte Suprema de Chile

Jaime López Allende contra Jacqueline Karen Atala Riffo

31 de mayo de 2004

Problema jurídico

¿Incurrieron los Ministros y la Fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de Temuco en alguna falta o abuso grave al depositar en su madre, Jacqueline Karen Atala Riffo, el cuidado de sus tres hijas menores? ¿Provocaron daños en el desarrollo integral psíquico y en el ambiente social? ¿Era obligación de estas autoridades presuponer y prever unas consecuencias perniciosas por el hecho de que la crianza de las menores la asumiera una pareja homosexual?

Hechos

En enero del año 2003, Ricardo Jaime López Allende presentó una demanda en contra de Jacqueline Karen Atala Riffo, de quien se encontraba separado de hecho desde el mes de mayo del año 2002. El 29 de octubre del año 2003, el Juzgado de Letras de Villarrica (Chile) resolvió la demanda otorgando la tenencia de las menores

a Karen Atala. El fallo fue apelado por el actor y ratificado en segunda instancia por la Corte de Apelaciones de Temuco, en marzo del 2004. La resolución de la Corte de Apelaciones estableció que los elementos probatorios aportados por el actor no alteraban las conclusiones de la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Villarrica, y confirmó la sentencia.

Decisión de la Corte

El voto de la mayoría acoge el recurso de queja e invalida tanto la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco como el fallo de primer grado del año 2003, y concede a Jaime López Allende la custodia de sus hijas menores Matilde, Victoria y Regina López Atala, dando lugar a la demanda de lo principal.

Extractos

[...]

Que entre [l]as disposiciones que tratan “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, los incisos primeros de los artículos 224 y 225 versan sobre el “cuidado personal de la crianza y educación de los hijos”, el que radican de consuno en los dos padres o únicamente en la madre, si ellos viven separados, estableciendo en ambos casos lo que se denomina un derecho-deber para los progenitores, tal como lo reconoce expresamente el artículo 236 del mismo Título al referirse a la educación de los hijos;

[...]

Que, en efecto, la tuición que ellos pueden ejercer en conjunto o únicamente la madre, en caso de separación, no sólo importa el ejercicio de facultades, como las señaladas en el artículo 234 del mismo Código civil o la de “escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”, que contempla el inciso cuarto del N° 11 del artículo 19 de la Constitución Política, sino especialmente obligaciones y responsabilidades para quienes tienen a su cargo el cuidado personal de los hijos;

[...]

Que el ejercicio de las potestades y la ejecución de los deberes que comprende la tuición debe llevarse a cabo en el marco del principio básico que orienta en la materia el ordenamiento jurídico nacional y que recoge, entre otros preceptos, el inciso segundo del artículo 222 del mismo Código civil al declarar que “la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo [...]” y al que responden igualmente las disposiciones de los párrafos primeros de los artículos 3° y 9° de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño ratificada por Chile, según las cuales en todas las medidas que le conciernan, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de los padres;

[...]

Que los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, tanto porque esa noción representa el espíritu general de la legislación en la materia, cuanto porque así lo manda el legislador al establecer, en el inciso segundo del artículo 242 del Código citado, que “en todo caso, para adoptar sus resoluciones, el juez atenderá como consideración primordial, el interés superior del hijo [...]”;

[...]

Que la mencionada regla del inciso primero del artículo 225 del Código civil, que previene que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos toca a la madre, no es una norma absoluta y definitiva. El inciso segundo del mismo artículo prescribe que,

[...] no obstante, mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre.

Y su inciso tercero dispone que “en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal a otro de los padres” [...].

[...]

Que en el juicio de tuición de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición de homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. En cambio, se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como en el cuaderno de tuición provisoria, que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro. Por su parte, el testimonio de personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja.

[...]

Que, en el mismo orden de consideraciones, no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual,

como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas.

[...]

Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendidas sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas.

[...]

Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación [pondrá] a las menores López Atala [en] un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal.

[...]

Que las condiciones descritas constituyen ampliamente la “causa calificada” que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código civil autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia [...].

[...]

Que al no haberlo estimado así los jueces recurridos, por no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso y haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, han incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja; [...]

Voto en contra de los ministros [...] José Benquis C. y Orlando Álvarez

[...]

Que, al respecto, en los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los psicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquélla de ejercer su derecho de

madre, ya que desde una perspectiva psicológica o psiquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal. De ello puede desprenderse que está también habilitada, como sucede en la realidad para ejercer como jueza, cargo para en cuyo desempeño no aparece cuestionada su moralidad. En tal emergencia, restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad —como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas— involucra imponer tanto a aquéllas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria.

[...]

Que, en síntesis, de lo reflexionado —a lo que cabe añadir que en este tipo de materias los jueces tienen la facultad de apreciar la prueba en conciencia— corresponde concluir que, en opinión de estos disidentes, los jueces recurridos al dictar sentencia confirmando el fallo de primera instancia que entregaba la tuición de sus hijas a la madre no sólo no han cometido ninguna falta o abuso grave, que los haga merecedores de ser castigados disciplinariamente, sino que por el contrario han dado correcta aplicación a la normativa vigente.

Cuestiones a debatir

Como lo analiza el capítulo “Salud” de este libro, si bien desde otra perspectiva, el interés superior de los menores constituye una de esas fórmulas abstractas que busca ser presentada de manera neutral. Una decisión basada en el interés del menor tiene una legitimidad que parece difícil de contradecir. Sin embargo, es una fórmula que puede ser interpretada de formas diversas e, inclusive, antagónicas. Sin negar la existencia de situaciones contrarias al interés de los menores, como por ejemplo la violencia en sus diversas manifestaciones, lo que los perjudica o beneficia es objeto de un debate no exento de concepciones morales y religiosas. Las parejas interraciales y las familias monoparentales, en su momento, eran vistas como algo perjudicial para los menores, y así justificaban el que durante mucho tiempo tuvieran un estatus legal menos privilegiado.

Entre las diversas normativas jurídicas objeto de análisis se destacan dos artículos del Código civil chileno que regulan el tema de la guarda-tenencia de los hijos. El artículo 225, por un lado, sostiene que “si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos [...] En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres [...]”. Por otro lado el artículo 226 afirma que “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes [...]”. Con estos presupuestos normativos,

más un amplio espectro interpretativo sobre la habilidad y la moralidad de la madre lesbiana, la Corte Suprema de Chile cierra este caso.

Preguntas

Analice cómo en las distintas instancias se proponen interpretaciones diferentes sobre el interés de los menores en relación con la parentalidad *queer*. En particular:

1. ¿Qué alcance tiene el principio del “interés superior del niño” cuando se utiliza para negarle a las personas LGBTQ la guarda-tenencia?
2. ¿Cómo interpretar ese principio de manera que no resulte contrario a la guarda-tenencia de los niños por parte de personas LGBTQ?
3. ¿Qué consecuencias prácticas se derivan de una y otra interpretación?

III. LA INFORMACIÓN CIENTÍFICA COMO DISCURSO LEGAL

Aunque el debate sobre los derechos de las personas LGBTQ tiene fuertes componentes legales, morales y religiosos, con frecuencia es presentado como un debate científico. Cuando la discusión es sobre la regulación legal de las sexualidades, es común encontrar información científica que legitima posturas divergentes sobre las personas LGBTQ y los vínculos familiares. Y cuando en particular se disputan los derechos de las personas y de las parejas LGBTQ como padres y madres, los argumentos se apoyan en investigaciones e informes científicos que jueces y legisladores sopesan de manera diferenciada. A pesar de que estas pruebas tienen la pretensión de ser objetivas y racionales —supuestamente lo que es propio del conocimiento científico—, los datos científicos que se presentan, al menos cuando se trata de la sexualidad, no están completamente exentos de las concepciones morales y religiosas que caracterizan su contexto de producción.

El recurrir a información científica ha sido una constante del movimiento por la diversidad sexual, y también ha sido utilizada como una herramienta política para confrontar las principales concepciones culturales y legales que se oponen a la homosexualidad. Aceptando la importancia estratégica del discurso científico, es necesario también señalar los riesgos que ese uso supone. Foucault, por ejemplo, utiliza el concepto de “discurso inverso” para indicar la tendencia a demandar la legitimidad de la diversidad sexual utilizando las mismas categorías, en este caso científicas, que se usan para dominar y margi-

nar.⁸⁰ Una consecuencia de esta situación —no buscada, obviamente— es el reforzamiento de las categorías que se utilizan para dominar. El uso de datos científicos implica el riesgo de reforzar definiciones esencialistas de la identidad, lo que para un sector del movimiento por la diversidad sexual —los que tienen que ver con la teoría *queer*— es precisamente lo que fortalece la heteronormatividad como sistema de dominación. La legitimación de las personas LGBTQ como sujetos de derechos obedece, en gran medida, a su articulación como “sujetos” médica y psicológicamente normales, proceso que si bien puede contribuir al reconocimiento de algunos derechos de ciertos sectores —si la normalidad se demuestra, la denegación de derechos se revela como claramente discriminatoria—, implica el riesgo de reforzar la exclusión de otros sectores y despolitizar las sexualidades disidentes como alternativa de cambio social.

Más allá del complejo rol que el conocimiento científico tiene respecto a la sexualidad, para el activismo es un mecanismo importante de legitimación de la diversidad sexual y contribuye al logro de la sanción y aplicación de los derechos sexuales. En relación con los “hogares *queer*”, distintas investigaciones demuestran la habilidad de las personas y de las parejas LGBTQ para desarrollarse como padres y madres, y varias otras refutan los principales argumentos que sostienen que la presencia de personas y parejas LGBTQ es perjudicial para los menores.⁸¹ Se afirma, por ejemplo, que no se puede concluir que los menores criados en “hogares homosexuales” tengan más problemas de identidad y de identificación sexual que los criados en “hogares heterosexuales”. Tampoco se puede afirmar que estos menores presenten secuelas psicológicas o problemas de comportamiento por haber sido criados por parejas del mismo sexo. Tampoco tienen problemas en sus relaciones sociales —estigmatización por parte de su entorno—, y las relaciones con sus mayores y con sus pares son normales. Tanto la American Psychological Association⁸² como la American Medical Association,⁸³ por ejemplo, apoyan sin reparo alguno la adopción y la paternidad por parte de parejas del mismo sexo.

⁸⁰ Michel Foucault, *The History of Sexuality: An Introduction*, Vol. 1, Vintage Books, New York, 1990, p. 101. *Historia de la sexualidad*, Siglo XXI, México, 1991.

⁸¹ Ver el informe de Leslie Cooper y Paul Cates, *Too High a Price: The Case against Restricting Gay Parenting*, American Civil Liberties Union, New York, 2006.

⁸² La American Psychological Association publicó *Lesbian and Gay Parenting: A Resource for Psychologists*, que presenta una revisión de diversos estudios empíricos y se concluye que no se había encontrado ningún estudio que probara que los hijos de homosexuales y lesbianas estuvieran en desventaja respecto de los hijos de padres heterosexuales. Ver American Psychological Association, *Lesbian and Gay Parenting: A Resource for Psychologists*, Washington, D.C., 1995. Disponible en <http://www.apa.org/pi/parent.html>.

⁸³ Se puede consultar también “Policy Regarding Sexual Orientation”, de la American Medical Association. Disponible en <http://www.ama-assn.org/ama/pub/category/14754.html>.

El uso estratégico de investigaciones científicas a favor de los derechos de las personas y parejas LGBTQ ha hecho que los sectores que se oponen a estos derechos incrementen la producción de argumentos científicos. Así, una vez que la información sobre la inexistencia de diferencias sustanciales entre los menores criados en hogares homosexuales y heterosexuales comenzó a circular, los sectores conservadores, marcados por cosmovisiones religiosas, comenzaron a priorizar los discursos científicos. Un fenómeno que se puede definir como secularismo estratégico⁸⁴ es el que ha surgido en ciertos sectores religiosos que, cada vez con mayor frecuencia, articulan discursos científicos como una manera de oponerse a los derechos sexuales y reproductivos. La defensa de un modelo único y tradicional de familia no se lleva a cabo sólo mediante argumentaciones morales y religiosas, sino también con información y datos científicos.

En lo político, esta información se usa para probar la existencia de daños a los menores e impedir así que los Estados reconozcan derechos de adopción a los “hogares homosexuales”. Un tipo usual de intervención es criticar la información que provee el movimiento por la diversidad sexual: se suelen señalar errores metodológicos como el tamaño de la muestra, la falta de aleatoriedad, la manipulación de los datos o el inadecuado uso de grupos de control.⁸⁵ También presentan datos e investigaciones que sostienen la existencia de daños concretos en los hijos de hogares homosexuales.⁸⁶ Este tipo de investigaciones sigue la línea de los estudios realizados en hogares monoparentales. Otros estudios, por su parte, hacen énfasis en la inestabilidad y en las altas tasas de divorcio entre las parejas homosexuales. Uno de éstos, citado frecuentemente, sostiene que las parejas gay tienen un 50% más de probabilidades de divorciarse que las parejas heterosexuales, y que ese mismo porcentaje en las parejas de lesbianas es un

⁸⁴ Ver Juan Marco Vaggione, “Nuevas formas del activismo religioso. La Iglesia católica frente al reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo”, *op. cit.*

⁸⁵ Se afirma, así, que “no ha habido ni un solo estudio suficientemente amplio y bien realizado del que se puedan sacar conclusiones, por lo que en ningún caso se puede afirmar, como se hace en estos días, que los estudios científicos avalan la adopción por personas del mismo sexo”. Ver Mónica Fontana, Patricia Martínez y Paulo Romeu, http://www.hazteoir.org/tienda_virtual/index.php?cPath=25, Hazteoir.org, 2005. Disponible en <http://www.hazteoir.org/documentos/noesigual3.pdf>. También se puede consultar el artículo de Tim Dailey, “Gay Parenting Places Children at Risk”, en el que se afirma que los estudios a favor de la adopción *queer* están llenos de errores metodológicos y de diseño que llevan a conclusiones erróneas, en Kate Burns, ed., *Gay and Lesbian Families*, Greenhaven Press, San Diego, 2005.

⁸⁶ Un ejemplo notorio fue el testimonio del psiquiatra Aquilino Polaino sobre las consecuencias de la adopción de menores por parte de parejas homosexuales ante el senado en España cuando se discutió la reforma del derecho de familia que legalizaría el matrimonio entre parejas del mismo sexo (el testimonio se encuentra disponible en http://www.hazteoir.org/documentos/Aquilino_Polaino_en_el_Senado.pdf).

167% más alto.⁸⁷ Otro argumento común consiste en afirmar que los gays y las lesbianas son más propensos que los heterosexuales a las enfermedades mentales, y que por ello no se debe permitir la adopción a parejas del mismo sexo.⁸⁸

A. PROBLEMA: LAS PRUEBAS, POLÍTICA DE LOS DATOS

¿Qué tipos de informes y de pruebas científicas se presentan para demandar el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTQ como progenitores? ¿Cómo evalúan los magistrados este tipo de pruebas? Estas preguntas apuntan a una dimensión importante en la discusión de los derechos sexuales y reproductivos. Como se dijo antes, el pensamiento heteronormativo crea en gran medida la necesidad de que los mismos sectores excluidos de los derechos se vean obligados a “probar” la injusticia de la exclusión. De este modo, en los casos judiciales en los que se debate la parentalidad *queer*, las investigaciones científicas sobre el supuesto riesgo que corren los menores en los hogares de esta índole juegan un papel importante.

La existencia de pruebas científicas hace parte del razonamiento judicial, y el juez conserva para sí el poder de decidir qué tipo de conocimiento es útil en cada caso. Así, el poder Judicial tiene un poder importante de evaluación del conocimiento científico, y al otorgarle o negarle validez oficial se convierte también en un “productor de conocimiento”.⁸⁹ El poder Judicial no es un agente pasivo que evalúa las pruebas que las partes le presentan y decide sobre su “legitimidad” y “veracidad”, sino que además “decide qué es buena ciencia, qué es creíble, válido y valioso de ser considerado cuando se toma una decisión”.⁹⁰

Cuando se trata de los derechos sexuales y reproductivos en particular, insistir en la neutralidad valorativa parece sociológicamente imposible. Como lo demuestran diversas investigaciones, la religiosidad de legisladores y jueces es una dimensión central que permite predecir la postura favorable o contraria de cara a estos derechos.⁹¹ Por ello es difícil pretender que los jueces decidan

⁸⁷ Maggie Gallagher y Joshua Baker, “Demand for Same-Sex Marriage: Evidence from the United States, Canada and Europe”, *iMAPP Policy Brief*, Institute for Marriage and Public Policy, vol. 3, N° 1, 26 de abril de 2006.

⁸⁸ George Rekers y Mark Kilgus, “Studies of Homosexual Parenting: A Critical Review”, *Regent University Law Review*, vol. 14, p. 342.

⁸⁹ Sheila Jasanoff, *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1995.

⁹⁰ Kimberly Dawn Richman, “Judicial Decision Making in Custody Cases Involving Gay and Lesbian Parents, 1952-1999: A Study of Indeterminacy in Legal Rationales and Outcomes”, ganadora del Levine Award a la mejor tesis doctoral 2000. Traducción del autor.

⁹¹ Ver Juan Marco Vaggione, “Dios y la ley. Las influencias religiosas en el derecho”, *op. cit.*

la relevancia legal de las evidencias científicas al margen de sus posturas éticas y religiosas. La decisión sobre la relevancia de los testimonios de los expertos y de la evidencia científica no es neutral, y “los desacuerdos entre los profesionales y las dinámicas de poder, por ejemplo, dimensionan lo que es sostenido o institucionalizado como conocimiento científico”.⁹²

A continuación, con el propósito de discutir la forma en que la prueba científica es incorporada y evaluada en el proceso judicial, se presentan dos instrumentos legales que hacen parte del caso Atala. En primer lugar, se incluyen extractos de la sentencia del Tribunal de Villarrica, en los que se evalúan los distintos informes que apuntan en dirección al reconocimiento de derechos de las personas LGBTQ. En segundo lugar, se incluye una sección de un *Amicus Curiae* presentado por la Corporación Opción de Chile a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en apoyo a la denuncia presentada por la señora Atala y sus hijas contra el Estado de Chile ante dicha Comisión. El mismo Amicus define a la Corporación Opción de Chile como

[...] una institución privada sin fines de lucro, constituida en Santiago de Chile en 1990, con la finalidad de proteger los derechos de los niños y niñas en el territorio nacional, y de colaborar en la plena implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la “Convención”) en el país.⁹³

Juzgado de Letras Villarrica, Chile
Jaime López Allende contra Jacqueline Karen Atala Riffo
29 de octubre de 2003

Problema jurídico

¿Cómo deben evaluar los tribunales los estudios científicos acerca de la paternidad no heterosexual?

Decisión del juzgado

Tras analizar en conciencia la prueba rendida, el Juzgado de Letras Villarrica decide que no existe ninguna causal legal que inhabilite a Jacqueline Karen Atala Riffo para tener el cuidado personal de sus hijas menores. En consecuencia, el Juzgado rechaza la demanda del progenitor.

⁹² Kenneth R. Foster y Peter W. Huber, *Judging Science: Scientific Knowledge and the Federal Courts*, The MIT Press, Cambridge, 1999.

⁹³ Actualmente la Corporación Opción ejecuta proyectos de atención directa a niños y niñas en cinco de las trece regiones del país. Desde el mes de julio del año 2004, la Corporación Opción tiene estatus consultivo especial en el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

Extractos

[...]

Ahora bien, específicamente en relación con la circunstancia de mantener la madre de las menores una convivencia con su pareja mujer en la casa en que la demandada vivía con sus hijas, se rindieron las siguientes pruebas:

Informe psicológico de las menores [...], el cual en general observa en las menores confusión de roles sexuales y dificultades en la definición de los estereotipos sexuales adultos, en este informe no se señala si sería una consecuencia directa de la presencia de la pareja de la demandada en la casa.

Informes psicológicos de las menores de fojas 68 y siguientes. Respecto de Regina señala que “se observa confusión en la percepción de los roles sexuales de sus figuras parentales, por cuanto esos roles tienden a ser percibidos de manera invertida, al atribuirle a la figura paterna características más femeninas y a su figura materna más de tipo masculino”, situación que tampoco se atribuye a la presencia de la pareja de la madre en la casa. Con relación a Victoria expresa que “se observa un desarrollo e inquietudes acorde a su desarrollo psicosexual, sin presentar confusiones de roles respecto de sus figuras parentales”. En el caso de Matilde señala que “se observa preocupación por el tema de su sexualidad y confusión en términos de la identidad sexual materna, observándose temor a la relación de pareja de su madre, ya que ella ahí percibe desacuerdos y problemas entre su madre y su padre”. Este informe tampoco señala como causal de la confusión de roles sexuales de Regina y Matilde la presencia de la pareja de la madre en la casa, y en el caso de Matilde el temor a la relación de pareja de la madre se atribuye a los desacuerdos y problemas que la menor percibe entre su madre y su padre.

En [los] informes psicológicos de Victoria y Matilde [...] nada se señala respecto de confusión de roles sexuales, en ambos casos “se sugiere que las niñas sean vistas constantemente por el padre, ya que éste les muestra la opción heterosexual, lo que les brinda acceso a la definición de roles socialmente esperados”.

Informe del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile, [...] en donde la directora de dicho departamento concluye que, basándose en las investigaciones realizadas en otros países, es posible afirmar que, en general, los niños de familias no heterosexuales serán bien atendidos y tenderán a las relaciones heterosexuales.

Informe del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile [...], el cual en sus conclusiones señala que en los últimos 30 años se han desarrollado una gran cantidad de investigaciones sobre el impacto [que puede ocasionar] en los niños y niñas [el] vivir con parejas homosexuales, [y] los resultados han sido concluyentes en términos de demostrar que los niños y niñas que viven con parejas homosexuales o lesbianas no presentan diferencias con los niños y niñas que viven con parejas heterosexuales. Agrega que los estudios que se han realizado en parejas homosexuales señalan que éstas tienen una relación de afecto y respeto hacia sus hijos, suelen

implementar modelos de crianza democráticos y valores de respeto a los demás y tolerancia. Señala que por lo anterior se considera que las niñas y niños que viven con parejas lesbianas no presentarán diferencias significativas para su desarrollo con los niños y niñas que viven con parejas heterosexuales.

El informe señala que las evidencias son taxativas en señalar que la capacidad de amar a los hijos, cuidarlos, protegerlos, respetar sus derechos y favorecer sus opciones de vida, entre ellas su opción sexual, no tiene relación con la identidad ni opciones sexuales de los padres.

En [los] informes psicológicos de la demandada y del demandante [...] se concluye que “el escenario en que dos personas del mismo sexo críen a un hijo no tiene impedimentos per se desde el punto de vista psicológico y así lo demuestran la gran mayoría de los estudios”.

Informe psicológico de fojas 406 y siguientes el cual señala que teniendo en consideración lo valórico y subjetivo del concepto de “moral” o “inmoral”, se aprecia en definitiva que

[...] la manifestación o exteriorización del comportamiento lésbico con todo lo que conlleva, produjo de forma directa e inmediata en las menores una confusión en la identificación de roles sexuales, que interfiere o puede interferir posteriormente en el desarrollo de una identidad sexual clara y definida.

Al respecto, es necesario tener presente que según se señala en el informe del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile, [...] en nuestro país no se han realizado estudios tendientes a determinar las consecuencias de vivir con parejas homosexuales en los niños. Ahora, si bien la perito concluye que la confusión en los roles sexuales de las menores que ella detecta, interfiere o puede interferir posteriormente en el desarrollo de la identidad sexual de las menores, tal conclusión se encuentra en contradicción con las otras pruebas que se analizan en este considerando, incluyendo las investigaciones internacionales ya relacionadas, varias de ellas incluidas en informes del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile y de la Facultad de Educación de la Universidad Católica de Chile, las cuales son concluyentes en señalar que la identidad sexual de los padres no tiene un impacto directo en la de los hijos e hijas.

La conclusión de la perito también se encuentra en contradicción con [el] informe psicológico elaborado por el Servicio Médico Legal [...], el cual entre sus conclusiones no señala la confusión o alteración de roles sexuales en ninguna de las menores, informe al cual esta sentenciadora atribuye mayor valor considerando la especialidad del organismo del cual emana en este tipo de informes y los demás del proceso.

En consecuencia, de acuerdo a la prueba analizada en este considerando, este tribunal ha adquirido la convicción de que la presencia de la pareja de la madre en la

casa en que vivieron las menores con su madre no configura causal de inhabilidad para ejercer el cuidado personal de sus hijas. Por su parte, tampoco se ha acreditado la existencia de hechos concretos que perjudiquen el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar.

[...]

Que, con relación a la causal de inhabilidad consistente en cualesquiera otras causas que coloquen al menor en peligro moral o material, la Corte Suprema en fallo 2 de octubre de 1978 (RDJ, tomo LXXXV, secc. 1, pág. 453) señaló que

[...] peligro material equivale al riesgo físico en que puede encontrarse un menor, como la falta de alimentación, desarrollo en ambiente tóxico u otro que afecte su integridad corporal. El peligro moral dice en relación con el riesgo que puede afectar su comportamiento con sus semejantes y consigo mismo, peligro de su desarrollo conductual, vivir en ambientes antisociales.

En lo que [hace] relación [al] peligro material, la parte demandante manifiesta en su demanda su temor en el plano de las enfermedades, atribuyendo a las prácticas sexuales lésbicas el estar expuestas en forma permanente al surgimiento de herpes, y también expone su preocupación por el Sida. Específicamente en cuanto a las enfermedades de transmisión sexual se rindieron las siguientes pruebas: [...] certificados médicos emitidos por el doctor Rodolfo Espinoza en que se señala especialidad en Ginecología y Obstetricia, respecto de doña Jacqueline Karen Atala Riffo y de doña Emma de Ramón Acevedo, en los cuales se señala que no hay evidencia de lesiones, ni de enfermedades de transmisión sexual, incluyendo herpes, y copias de exámenes de VIH de doña Jacqueline Karen Atala Riffo y doña Emma de Ramón Acevedo, ambos con resultado negativo, documentos que no fueron objetados.

Oficio del Director del Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile, [...] en el cual se informa que en términos generales, no existiría riesgo de transmisión de enfermedades de transmisión sexual a las menores.

Informe del Director del Servicio de Salud Araucanía Sur [...], en el que se señala que:

- 1) No existe posibilidad alguna de riesgo de transmisión a terceros de pacientes con infección de virus herpes 2 (genital), salvo por contacto directo, es decir, en las relaciones sexuales donde uno de los integrantes de la pareja se encuentra infectada, aunque no evidencie lesiones.
- 2) La condilomatosis genital también es una infección de transmisión sexual que requiere del contacto directo, y a diferencia de la anterior, el período de incubación es mucho más largo (años). El informe, evacuado a petición del demandante, agrega que en ambas infecciones de transmisión sexual no hay estudios que demuestren

una mayor incidencia ni prevalencia respecto a las mujeres lesbianas; la mayor incidencia se ve en hombres que tienen sexo con hombres, y luego en las relaciones heterosexuales. Concluye el informe que el contagio es por relaciones sexuales, sin haber riesgo de transmisión a los contactos ajenos al trato sexual. En consecuencia, en concepto de esta sentenciadora, se encuentra acreditado, en virtud de estos informes, que no existe riesgo de transmisión de enfermedades sexuales a las menores por parte de su madre y su pareja, por lo que se tendrá por no probada la existencia de peligro material para las menores.

[...]

En este punto específico del peligro para la moral de las menores es importante, además, tener presente que según da cuenta [el] informe del Departamento de Psicología de la Universidad de Chile, [...] existe consenso en organizaciones científicas e investigadores en general en cuanto a considerar que la homosexualidad es una forma normal de la sexualidad humana, agregando que tanto el comportamiento homosexual como heterosexual son ambos aspectos normales de la sexualidad humana; ello nos lleva necesariamente a concluir que la orientación sexual de la madre no constituye un peligro para la moralidad de las menores, porque, según ya se señaló, siendo una condición o forma normal de la sexualidad humana no es susceptible de un juicio ético o moral, sino que sólo puede ser considerada como una condición física de una persona, no susceptible por sí sola de un juicio de valor.

[...]

Que [en] el documento [...] consistente en [una] monografía titulada “¿Existen consecuencias sociales para los menores que viven con homosexuales en Chile?” se concluye que las consecuencias sociales para menores que viven con homosexuales en Chile son: 1) Modelos de crianza confusos que afectan el desarrollo de la personalidad, pueden influir en el derecho a la autodeterminación sexual de las menores; 2) Estar sujetos a discriminaciones sociales que los menores no se han buscado, que no decidieron vivir, debido a la discriminación real que existe en nuestro país a los homosexuales; 3) Exponer a los menores, sobre todo a los que poseen padre y madre, vivos e interesados en su crianza, a una situación de constante estrés por temor a no ser desleal con alguno de los padres.

Que las referidas consecuencias a que alude el informe se encuentran en contradicción con las demás pruebas del proceso [...]. En efecto, las investigaciones que allí se analizaron están contestes en que la identidad sexual de los padres no tiene un impacto directo en la de los hijos o hijas; que en cuanto a la discriminación debe tenerse presente lo ya analizado [...]; y en cuanto a la circunstancia de exponer a las menores al estrés a que se refiere el informe, a juicio de este tribunal, y tomando en consideración los diversos informes acompañados al proceso, ello dependerá de la conducta que adopten los padres en orden a ejercer responsablemente su parentalidad, evitando las descalificaciones, la inculcación maliciosa respecto del

otro cónyuge y favoreciendo la óptima relación de las menores con su padre o madre respectivamente.

Por otro lado, debe señalarse que la gran mayoría de las fuentes bibliográficas indicadas en la monografía en análisis están constituidas por direcciones de páginas web, sin señalar el organismo del cual emanan, autores, épocas en que se realizó y en definitiva, sin que se pueda determinar el carácter científico de la fuente con la sola lectura del documento. Además, una buena parte de las fuentes bibliográficas dicen relación con postulados de la Iglesia católica, a los cuales es posible reconocer pleno valor, pero sólo en su carácter de normas morales y no jurídicas, y limitadas a las personas que profesan dicha religión. Es necesario, además, tener presente que según consta, [por] declaración prestada ante este tribunal por la autora de la monografía doña Edith Retamal Arévalo, [ésta] fue remunerada por el demandante para la actualización de la monografía, por lo que teniendo presente las facultades que dispone este tribunal en cuanto a la valoración de la prueba y además de las consideraciones antes expuestas, no se le atribuirá valor probatorio a sus conclusiones.

Corporación Opción (Chile)

AMICUS CURIAE⁹⁴

Comisión Interamericana de Derechos Humanos Caso Karen Atala Riffo e hijas contra el Estado de Chile

Consuelo Contreras Largo, en su calidad de Directora Ejecutiva de la Corporación Opción, con el patrocinio del abogado Julio Cortés Morales, jefe de la Unidad Jurídica de la Corporación Opción, presenta el siguiente escrito *Amicus Curiae* en el caso caratulado “Karen Atala Riffo e hijas contra el Estado de Chile”.

Apreciación de las pruebas

El que esta decisión resulta arbitraria e infundada, es algo [...] claro al tener en cuenta la apreciación de las pruebas que realiza la Cuarta Sala de la Corte Suprema.

Se decía más arriba que en el contexto de una sociedad democrática que ha hecho del respeto a los derechos humanos un compromiso esencial, el interés superior del niño ya no es una invocación ritual que avale cualquier tipo de decisión de la autoridad, sino un principio cuya aplicación sería incluye, entre otras cosas, el recibir y tener en cuenta la opinión de los propios niños afectados por esta toma de decisión, y una ponderación profunda de los derechos involucrados, sus posibles incompatibilidades, y la eventual afectación de cada derecho según se adopte una u otra de las diferentes posibles soluciones.

⁹⁴ Presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 12 de noviembre de 2004. Caso 12.502-Chile.

De esta forma, las pruebas rendidas en el juicio de primera instancia constituyen elementos claves para poder apreciar qué es lo que, en aplicación del principio del interés superior, había resultado probado, en términos de opinión de las niñas, y vulneraciones efectivas o potenciales de derechos que las amenazaran al punto de exigir la modificación de la situación previa y/o la restricción de alguno de sus derechos.

La Corte tiene en consideración una gran cantidad de pericias psicológicas, a las que alude en su considerando décimo quinto:

[...] en el juicio de tuición de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición de homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico.

No obstante, y dado que está fallando un recurso de queja, reprocha a los ministros que en segunda instancia confirmaron la sentencia de primera, por haber

[...] prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro.

Se mezclan acá dos cosas: la preferencia por una serie de especulaciones y suposiciones que no hacen sino esconder prejuicios, antes que por la evidencia técnica especializada y la opinión de las principales afectadas, y el tema de la legitimación de una situación de discriminación que se da a nivel social.

El carácter especulativo de los daños invocados resulta más claro en los párrafos siguientes,⁹⁵ ya citados, y que tal como se resaltó, están redactados en condicional, y con palabras que es más lo que especulan que lo que afirman. Bajo estas argumentaciones, en realidad, es fácil advertir que lo que se pretende es legitimar una serie de prejuicios relativos a la noción de familia, los efectos de la homosexualidad de los padres en los hijos, y la idea de “normalidad” en que los niños deben ser educados.

⁹⁵ Hace referencia a los considerandos decimosexto y decimoséptimo de la Sentencia de la Corte Suprema de Chile, 31 de mayo de 2004.

Cuestiones a debatir

Una dimensión central de los casos judiciales en los que se tratan los derechos de las personas LGBTQ es la probatoria, y esto es particularmente cierto en los casos en los que se discute la parentalidad *queer*. Bien sea en cuestiones de adopción, o de guarda-tenencia de menores, se debe probar que éstos no sufrirán daños al ser criados por personas o parejas LGBTQ. Este razonamiento refleja, de diversos modos, el peso del pensamiento heteronormativo: en asuntos filiatorios, la heterosexualidad se concibe como la normalidad, y entonces la carga de la prueba pesa sobre aquellos que se alejan de esa normalidad. Para el bienestar de los menores, la heterosexualidad se presume inocua, mientras que la homosexualidad tiene que demostrar, en los casos concretos, que no implica riesgos mayores. Así la sentencia favorable a la madre lesbiana le otorga un peso argumentativo central a los informes y pruebas científicas que confirman la inexistencia de riesgos diferenciados entre “hogares heterosexuales” y “hogares *queer*”.

Preguntas

1. ¿Qué concepciones subyacen en la necesidad de probar que los niños no sufrirán daños al ser criados por personas o parejas LGBTQ?
2. ¿Qué razones justifican en estos casos la inversión de la carga de la prueba?
3. ¿Cómo se explica que, en casos como éste, no siempre se le dé un mayor peso específico a las pruebas técnicas o científicas que demuestran que no hay diferencias entre crecer en un hogar homosexual y uno heterosexual, frente a argumentos de índole moral, de conveniencia, etcétera, que previenen contra la adopción de niños por personas LGBTQ?

Capítulo dos VIOLENCIA POR PREJUICIO

María Mercedes Gómez¹

La primera parte de este capítulo define lo que aquí se entiende por violencia por prejuicio en general, y establece sus vínculos potenciales con el derecho. La violencia se manifiesta de muchas formas y tiene expresiones varias: hay violencias verbales, violencias por omisión, violencias sociales y violencias psicológicas. Este capítulo se ocupa, sin embargo, de las violencias que se ejercen sobre los cuerpos individuales por ser lo que son, en este caso, cuerpos que se despliegan o se perciben como no normativos; por ejemplo, como no heterosexuales. Las violencias que se ejercen sobre ciertos cuerpos por ser lo que son tienen la particularidad de desbordar el aspecto individual del gesto y de volverse expresivas, es decir, adquieren el carácter de mensaje, un mensaje que aterroriza a todos los que se sienten o pueden ser percibidos como participantes de las identificaciones del cuerpo individual herido o aniquilado. En algunas sociedades contemporáneas estas violencias se conocen, en la terminología popular y en algunas leyes, como “crímenes de odio”; es así porque han sido tipificadas y se sancionan. En los Estados Unidos se ha desarrollado en las últimas tres décadas un canon teórico sobre las leyes contra los crímenes de odio. La claridad conceptual que este canon aporta al debate contemporáneo sobre el problema merece especial consideración.

¹ Directora del Departamento de Lenguajes y Estudios Culturales de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Agradece a Julia Alejandra Morales por su paciente trabajo en la edición de las citas y por su valiosa asistencia en la investigación de los casos jurídicos y de la legislación en América Latina. También a Silvia Uribe por su asistencia inicial en la búsqueda de casos.

En la segunda parte del capítulo se presenta un marco general sobre la legislación contra la violencia por prejuicio en América Latina y se hace referencia a los informes sobre la situación de derechos humanos de la población LGBTQ en Argentina, Chile, Colombia, México y Perú. La tercera parte analiza casos de violencia por prejuicio sexual en la región a partir de notas de prensa, fallos judiciales y reportes de organizaciones sociales.

I. ASPECTOS GENERALES²

A. VIOLENCIAS

Hablo de violencias no tanto para decir que se sufren muchas, verbales, físicas, derivadas de la humillación, de la sobre-exposición o de la invisibilidad, sino ante todo porque creo que las violencias se pueden organizar alrededor de sus usos, de sus motivos, de sus fines. Por eso propongo dos conceptos de violencia de acuerdo con sus paradójicas funciones. A una la he llamado jerárquica y a la otra excluyente: una violencia jerárquica es aquella que se ejerce, y puede ser mortal, para recordar al otro su condición de subordinación o inferioridad, para dar una lección sobre el lugar que este otro debe ocupar. La violencia excluyente, por su parte, es aquella que se ejerce para liquidar lo que el otro representa, para hacerlo desaparecer.³

B. PREJUICIO Y PREJUICIO SEXUAL

La noción de prejuicio tiene una historia larga. Para algunos filósofos el prejuicio es la condición de todo conocimiento, tiene connotaciones de acercamiento e interés, es previo al juicio fundado pero es condición de éste.⁴ En un uso más popular se impuso, sin embargo, la definición de prejuicio entendido como un intento de conocimiento anterior al juicio pero que se presenta a quien lo tiene como ya justificado y fundado. Asume, por decirlo de algún modo, la terquedad

² Este aparte reformula o reproduce argumentos presentados en María Mercedes Gómez, “Crímenes de odio en Estados Unidos. La distinción analítica entre excluir y discriminar”, *Debate Feminista* Vol. 15, N° 29, México, 2004, pp. 158-186. María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en Luisa Cabal y Cristina Motta, comps., *Más allá del derecho*, Siglo del Hombre Editores y Center of Reproductive Rights, Bogotá, 2006a, pp. 19-55. María Mercedes Gómez, *On Discrimination and Exclusion: An Approach to Hate Crime Politics*. Disertación doctoral. New School for Social Research, New York City, 2006b.

³ María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*, p. 28.

⁴ Ver Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca, 1999.

de una fijación. Sartre, en su magnífico texto sobre el retrato de un antisemita,⁵ o Adorno y sus colaboradores, en los estudios sobre la personalidad autoritaria, señalan la terquedad, la resistencia a la diferencia y al cambio como rasgos prominentes del prejuicio.⁶ En ese mismo sentido, defino el prejuicio como una “racionalización” que incluso en términos psicoanalíticos señala un procedimiento por el cual los individuos se dan y dan razones para justificar frente a su grupo social, y frente a sí mismos, la reacción por lo general negativa que sienten hacia algo o alguien.⁷ Además de entender el prejuicio en este sentido, también afirmo que el prejuicio o los prejuicios son siempre sociales, tienen eco en grupos y por lo mismo son locales y situados. Cada sociedad o grupo produce y reproduce sus prejuicios. No hay prejuicio en solitario, no hay prejuicio sin un contexto que lo apoye, no hay prejuicio individual sin complicidad social.⁸

Hablo de “prejuicio sexual” en el mismo sentido en que lo hace el psicólogo social Gregory Herek. Este tipo de prejuicio se refiere a

[...] toda actitud negativa inspirada en la orientación sexual y dirigida a personas que se perciben como homosexuales, bisexuales o heterosexuales. Y dado que lo que prima en las sociedades actuales son regímenes sexuales de heterosexualidad obligatoria, la mayoría de estas actitudes negativas se dirigen hacia el comportamiento homosexual, las personas que se definen como homosexuales o bisexuales y las comunidades gay, lésbicas, bisexuales.⁹ [Y, agregaría, personas transgénero.]

Otro término con el que se ha nombrado este asunto es el de “homofobia”. Herek privilegia la noción de prejuicio sexual sobre la de “homofobia”: considera esta última, en su sentido más técnico, como fobia, es decir, como un miedo irracional que toma la forma de una patología individual, más que un prejuicio reforzado socialmente.¹⁰ Se entiende su preocupación, porque en

⁵ Ver Jean-Paul Sartre, “Portrait of the Anti-Semite”, en R. Baird y S.E. Rosenbaum, eds., *Bigotry, Prejudice and Hatred*, Prometheus Books, Buffalo/New York, 1946, pp. 35-45.

⁶ Ver Theodore Adorno, Else Frankel-Brunswick, Daniel J. Levinson y R. Nevitt Sanford, *The Authoritarian Personality*, Harper, New York, 1950.

⁷ Ver Jean Laplanche y Jean-Bertrand Pontalis, *Diccionario de psicoanálisis*, Editorial Labor, Barcelona, 1981, p. 349. María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*, p. 21.

⁸ Ver Donald Moss, *Hating in the First Person Plural. Psychoanalytic Essays on Racism, Homophobia, Misogyny, and Terror*, Other Press, New York, 2003; María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*, pp. 19-25.

⁹ Gregory Herek, “The Psychology of Sexual Prejudice”, *Current Directions in Psychological Science*, vol. 9, N° 1, 1999, pp. 19-22. Traducción de la autora.

¹⁰ *Ibid.*

ciertos casos hablar de homofobia ha sido causa de evaluaciones erróneas de los comportamientos violentos. Es decir, si la homofobia es una patología individual, es aislada y se maneja “en el caso concreto” de la persona alterada. Coincido con Herek en creer que aquí yace una de las causas de la invisibilidad de estas prácticas y de la torpeza con que se suelen manejar legal y culturalmente. No obstante, trato los términos “homofobia” y “prejuicio sexual” como sinónimos. Pienso que la resignificación cultural de la palabra “homofobia” desborda su aspecto de mera psicología individual e incluye el componente social propio de los prejuicios, pues hace referencia implícita a la complicidad del entorno en la interiorización y exteriorización de la hostilidad en los perpetradores. En algunos casos la homofobia puede hacer referencia a un “miedo irracional”, como otros prejuicios también lo hacen. Comparto con Herek la preocupación por darle a la “homofobia” una definición que haga énfasis exclusivamente en el carácter irracional del miedo y que presuponga abandonar el asunto de la responsabilidad objetiva del perpetrador y el contexto social que facilita el crimen. Ése es el caso del “síndrome de pánico homosexual”, que en algunos sistemas penales funciona como atenuante del crimen.¹¹ Más adelante, en algunos casos concretos, se verá cómo opera el problema de los atenuantes.

C. HETEROSEXUALIDAD OBLIGATORIA

La heterosexualidad obligatoria se define aquí, con Adrienne Rich y otros, como un régimen político.¹² Un régimen que hace énfasis en aspectos normativos, culturales y políticos incompatibles con sexualidades no normativas. La violencia por homofobia o prejuicio sexual es la manifestación violenta de un tipo de hostilidad que proviene del miedo a perder las “credenciales masculinas”,¹³ o

¹¹ María Mercedes Gómez, *On Discrimination and Exclusion: An Approach to Hate Crime Politics*, op. cit. “La defensa de pánico homosexual se usa para evitar la acusación o atenuar la sentencia de los perpetradores de violencia contra los homosexuales (*gay-bashers*) [...] Jurídicamente, “la defensa de ‘pánico homosexual’ de una persona (típicamente hombre) acusada de violencia contra los homosexuales implica que su responsabilidad por el crimen es reducida debido a una condición patológica de su psiquis incitada por un avance sexual indeseado por parte del hombre al que atacó [...]”; Eve Kosofsky Sedgwick, *The Epistemology of the Closet*, University of California Press, Berkeley, 1990, p. 19. Traducción de la autora. Está consagrada, por ejemplo, en el sistema penal norteamericano y también en el australiano.

¹² Ver Adrienne Rich, “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence”, en H. Ablove, M. Aina Barale, y M. Halperin, eds., *The Lesbian and Gay Studies Reader*, Routledge, New York, 1993, pp. 227; Judith Butler, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, Buenos Aires, 2001, p. 38; Monique Wittig, *The Straight Mind and other Essays*. Beacon Press, Boston, 1992, p. 28.

¹³ Ver Gail Mason, “Not our Kind of Hate Crime”, *Law and Critique*, vol. 12, N° 3, 2001, p. 268.

de conformidad de género, consideradas socialmente apropiadas para moverse con ciertos privilegios materiales o simbólicos en un mundo que desprecia y quita poder a los individuos y las conductas que percibe como transgresoras de las normas (hetero)sexuales.

D. LA CONSTRUCCIÓN DE LA ALTERIDAD¹⁴

Las diferencias son construcciones sociales, no son características inmutables de individuos o grupos. Estas diferencias reales o imaginadas sólo adquieren consistencia porque se les asigna un valor.¹⁵ La adjudicación de valores a las diferencias reales o imaginadas suelen ser, por un lado, el acto “productivo” o “constitutivo” del surgimiento del otro distinto de mí y, por otro, el gesto que justifica las agresiones en contra de ese otro para afianzar los privilegios derivados de que seamos yo/nosotros los que ostentamos el poder de construirlas. Al adjudicar valores al otro se establece de manera relacional y binaria un nosotros frente a un ellos. El nosotros tiene el poder creador, productor de la jerarquía entre las diferencias. “Nosotros” existimos como grupo cohesionado porque no somos —y aquí está el gesto relacional— porque no somos “ellos”.¹⁶

En otras palabras, en las sociedades de heterosexualidad obligatoria —con sus derechos, patrones culturales, médicos, comunicativos, políticos—, las diferencias sexuales no normativas son percibidas como advenedizas frente a lo que Benedict Anderson llama la “comunidad imaginada”,¹⁷ es decir, como lo que hace tambalear el ideal social de homogeneidad y cohesión. Pero, a pesar de la ansiedad social que generan las diferencias, su producción exige, al mismo tiempo, que sean confirmadas y reinscritas constantemente, puesto que sólo a través de ellas se conforman grupos hegemónicos que ostentan el poder para producirlas y reproducirlas.

La producción del otro o la otra como amenaza —esto es, la creación del enemigo— tiene un rol fundamental en lo que David Goldberg llama la “igualdad homogeneizada”.¹⁸ La instauración de un “nosotros” es forzada por medio de la afirmación de la norma al “crear” el opuesto, un “ellos”. Es decir, “lo no blanco”, “lo no masculino”, “lo no heterosexual” se produce para afirmar “lo

¹⁴ Ver María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*

¹⁵ Albert Memmi, *Dominated Men*, Beacon Press, Boston, 1971, p. 185.

¹⁶ Ver Jacques Derrida, *De la gramatología*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 1971.

¹⁷ Ver Benedict Anderson, *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, New York, 1991.

¹⁸ Ver David Theo Goldberg, *The Racial State*, Blackwell Publishers Inc, Malden, Mass., 2002, p. 10.

blanco”, “lo masculino” y “lo heterosexual”.¹⁹ Sin embargo, esta homogeneidad, forzada y construida socialmente, es fuente de ansiedad porque las fronteras entre el “nosotros” y el “ellos” son porosas y débiles.²⁰ Esta debilidad de las fronteras, por su impostura, porque son fraudulentas, obliga a marcar las diferencias. Y esta marca suele ser violenta.²¹

E. DEL PREJUCIO A LA VIOLENCIA²²

En algunas categorías o grupos resultantes de la creación de las diferencias éstas aparecen, se perciben o se quieren experimentar como rígidas y, en otras, como más porosas e indeterminadas. Académicos como Iris M. Young y Kenji Yoshino, entre otros, afirman que, desde perspectivas legales y culturales, las características adjudicadas a la raza y al género aparecen o son percibidas como visibles e inmutables. En ese sentido, la producción cultural de subjetividades raciales y de género hace posible que un hombre blanco *crea* que no es ni está en peligro de ser una mujer negra.²³ Por el contrario, la orientación sexual ha sido legal y culturalmente percibida como invisible y mutable.²⁴ Los individuos perciben o experimentan los límites entre la heterosexualidad y la no heterosexualidad como más flexibles que los de raza y género; por lo tanto, la necesidad de marcar las diferencias es más urgente.

Desde luego esto no es absoluto: las diferencias biológicas, culturales y económicas se superponen y configuran mutuamente. Sin embargo, como lo recuerda Iris Young, “en las sociedades modernas y multiculturales las ‘diferencias’ parecen desvanecerse”²⁵ y con ellas las certezas sobre las fronteras que permiten adjudicar valores y privilegios. Por eso, los grupos en peligro de perder la hegemonía racial, (hetero)sexual, de género y de clase, entre otras, sienten que es necesario re-inscribir al otro como diferente, re-inscripción que va en

¹⁹ Kendall Thomas, “Corpus Juris (Hetero)Sexualis. Doctrine, Discourse, and Desire in *Bowers v. Hardwick*”, *GL: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, vol. 1, N° 1, 1993, p. 47; Kendall Thomas, “Beyond the Private Principle”, *Columbia Law Review*, vol. 92, 1992, pp. 1431-1516.

²⁰ Ver Iris M. Young, “The Scaling of Bodies and the Politics of Identity”, en *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990, p.146; Kenji Yoshino, “Covering”, *Yale Law Journal*, vol. 111, N° 4, enero de 2002, p. 771.

²¹ María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*, pp. 25-37.

²² Argumento tomado de María Mercedes Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*

²³ Iris M. Young, “The Scaling of Bodies and the Politics of Identity”, *op. cit.*, p. 146.

²⁴ Kenji Yoshino, “Covering”, *op. cit.*, p. 771.

²⁵ Iris M. Young, “The Scaling of Bodies and the Politics of Identity”, *op. cit.*, p. 146.

contravía de las prácticas de participación social y democratización y de cara a las violencias por prejuicio.

El uso de la noción de “visibilidad de las diferencias” ayuda a explicar el problema de la ansiedad frente a los límites o fronteras, la demanda de exteriorización violenta de la diferencia, y opera como ejemplo del papel que tienen los usos de la violencia en la producción del otro como amenaza. En sociedades diferenciadas y multiculturales, el otro ya no es tan diferente a mí; en consecuencia, los individuos y los grupos históricamente privilegiados han perdido claridad sobre cómo marcar la diferencia,²⁶ sobre todo porque creen que si no la hacen evidente de alguna forma, corren el riesgo de perder “los privilegios” que acompañan sus identificaciones o lo que perciben como su identidad. Si por ejemplo las fronteras entre géneros y razas son “notorias”, la alteridad aparece como visible a priori al gesto violento. El gesto advierte para que el otro no se atreva a subvertir una jerarquía social establecida de antemano. Es el caso de la violencia doméstica contra las mujeres. Éste es un uso jerárquico de la violencia.

En el caso de la violencia por prejuicio sexual, en el que las diferencias son menos visibles, la construcción de la alteridad se produce a posteriori, es decir, como resultado del gesto violento. El objetivo de ejecutar el acto violento es eliminar el peligro, y al hacerlo el perpetrador cree *fixar* simultáneamente su identidad —como heterosexual— y la de su víctima —como no heterosexual—. Éste sería un uso excluyente de la violencia. En ambos casos el asunto es la marca en relación con la función del gesto violento. Desde luego, ambas violencias presuponen, para adquirir sentido y aterrorizar, un orden social previo y perjudicado.

Ahora bien, de cierta manera, el uso *excluyente* de la violencia se convierte en una paradoja: con el acto violento el perpetrador no sólo afirma su identidad sino también la identidad que trataba de suprimir. Al reafirmar su propia identidad como diferente a la de la víctima, el perpetrador reinscribe al mismo tiempo la del “otro/a”, es decir, otorga significación y se vincula a ella. Parece lograr el efecto contrario al esperado: al tratar de liquidar una característica que percibe como “intolerable”, la constituye. Ambos tipos de violencia son *ejemplarizantes y siguen la lógica del terror*; a veces ocurren en un continuo y a veces se entrecruzan, dependiendo de las variables en cuestión. Sin embargo, tienen usos diferentes: una pretende subordinar la diferencia, la otra aniquilarla. Y nos enfrentan a prejuicios diferentes, a maneras distintas de instrumentalizar la violencia, a distintos tipos de resistencia a las diferencias, y a una categorización de las diferencias más o menos tolerables frente a las absolutamente indeseables.

²⁶ *Ibid.*

II. LAS DEFINICIONES DE “CRIMEN DE ODIO” EN LOS ESTADOS UNIDOS

Si se reconoce que definir, identificar o sentir la violencia por prejuicio no es igual a tipificar el crimen, se está ante un problema interesante. Por decirlo de alguna manera, la violencia siempre excede la posibilidad de ser contenida o controlada por el orden jurídico. Eso no significa que el derecho sea totalmente impotente frente a ella, o que incluso no pueda ser fuente de la misma. El sistema penal, por ejemplo, da cuenta sólo de algunas violencias, es decir, existe sólo cuando trata ciertos problemas sociales y excluye otros. Esto supone una primera tensión: cuando se habla de violencia(s) por prejuicio(s), ¿qué se incluye y qué se deja por fuera de este orden de inteligibilidad y sentido que llamamos sistema jurídico-penal? ¿Y qué tipo de sistema penal incluye sólo “algunas” violencias, y cómo?

En términos de la filósofa Judith Butler, se podría decir que toda inclusión implica cierta violencia, y es así “porque sólo puede construirse a través de la delimitación, aplicando un principio de selectividad [...] lo que puede incluirse estará determinado por una operación más o menos tácita de exclusión”.²⁷ Dicho de otro modo: “producir” un crimen de odio y “proteger” a algunos que lo sufren sería el efecto de una selección entre violencias y entre las colectividades, los grupos o los individuos afectados. Por otra parte, en algún sentido, las iniciativas sociales que se “incluyen” o tienen éxito en el orden legislativo y jurídico son las que “pasan” las pruebas del *statu quo*: desde la formulación de un problema social hasta su instauración en la esfera pública y en la ley, hay largas jornadas de negociación y de concesiones, y esas concesiones, por lo general, están en el registro de la asimilación al orden hegemónico imperante.²⁸ En palabras de la teórica crítica de raza Kimberlé Crenshaw,

[...] la gente sólo puede exigir el cambio en las formas que reflejan la lógica de las instituciones que desafían. Las demandas que no reflejen las lógicas institucionales, es decir, las demandas que no se vinculen y no refuercen las ideologías dominantes, tienden a no ser efectivas.²⁹

²⁷ Judith Butler, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*, Paidós, Buenos Aires, 2002, pp. 32-33.

²⁸ Ver Valerie Jenness, “The Hate Crime Canon and Beyond: A Critical Assessment”, *Law and Critique*, vol. 12, 2001, pp. 279-308.

²⁹ Kimberlé Crenshaw, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence Against Women of Color”, en K. Crenshaw, N. Gotanda, G. Peller y K. Thomas, eds., *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, The New Press, New York, 1995, p. 111. Traducción de la autora.

Asimismo, la literatura sobre los movimientos sociales argumenta que los procesos de “institucionalización” exigen que los liderazgos, las demandas y las estructuras del movimiento cuenten de alguna manera o sucedan en la esfera de las estructuras de poder dominantes.³⁰

Con estos campos de debate como contexto, presento algunos aportes teóricos que han surgido en Estados Unidos a la luz de la reflexión sobre la violencia por prejuicio. Creo que una convivencia de más de dos décadas con leyes que sancionan estas conductas, con debates sobre sus definiciones y problemáticas y la influencia que las luchas civiles de ese país han tenido sobre los movimientos sociales en América Latina, pueden iluminar, si nos mantenemos alerta frente a las diferencias culturales y jurídicas, mucho de lo que aún queda por hacer. En primer lugar hablaré sobre las definiciones y las soluciones jurídicas propuestas para este tipo de violencia; después miraré la categorización que se ha hecho de los modelos de leyes y, por último, presentaré un breve diagnóstico de los beneficios y problemas que de ellas se derivan.

En algunas sociedades, especialmente en la de los Estados Unidos, el debate sobre la violencia por prejuicio ha culminado en la implementación de leyes conocidas como “leyes contra los crímenes de odio”, y en el reconocimiento por parte de algunos estados de la “orientación sexual” y en ocasiones de la “identidad de género” como categorías históricamente vulnerables y, por lo tanto, susceptibles de protección.

Talvez lo más pertinente para una reflexión jurídica sea pensar en los beneficios y en las dificultades que resultan de situar los esfuerzos políticos y sociales —para solucionar este tipo de violencia— en el sistema penal y sus sanciones. En los Estados Unidos, la mayoría de estas leyes incrementan las penas establecidas para los delitos que ya están tipificados, y se crean otras para sancionar específicamente este tipo de violencia. Las leyes contra los crímenes de odio, sin embargo, enfrentan problemas de diverso orden: en cuanto a su eficacia instrumental, por ejemplo, por las dificultades para definir el crimen, identificarlo y procesarlo. Esto debido a la discrecionalidad de los jueces, a los atenuantes y a las resistencias del sistema a reconocer el problema. En cualquier caso, las soluciones que apuntan a implementar leyes contra este tipo de conducta violenta se podrían equiparar a lo que la teórica política Nancy Fraser llama soluciones de tipo afirmativo, es decir, un tipo de solución que pretende reparar una situación particular sin cambiar el contexto que la genera.³¹

³⁰ Ver Terry Maroney, “The Struggle: Movement at a Crossroad”, *New York University Law Review*, vol. 73, 1998, p. 598.

³¹ Ver Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, p. 41.

La noción de “crimen de odio” se acuñó en los Estados Unidos a finales de la década de los años setenta y se popularizó a partir de 1985, cuando un grupo de políticos presentó a la Cámara de Representantes un proyecto de ley conocido como el “Hate Crimes Statistics Act”, que hacía obligatoria la recopilación de información sobre lo que se llamó “una epidemia de crímenes de odio”. Este acto se volvió ley federal en 1990, después de arduas campañas lideradas por una coalición de movimientos sociales.³² Desde entonces, agencias estatales como el FBI están obligadas por ley a emitir un reporte anual sobre el número de eventos y víctimas identificados como objetivos de conductas violentas motivadas por prejuicio.³³ Desde 1990 se han implementado tres leyes federales sobre crímenes de odio, y prácticamente todos los estados tienen en la actualidad algún tipo de legislación al respecto.³⁴ Sin embargo, de estado a estado, varía considerablemente la definición, los grupos que se protegen y el tipo de conductas que estas leyes castigan.

Desde 1995 existe en los Estados Unidos una coalición de aproximadamente veinte organizaciones LGBT conocida como el National Coalition of Anti-Violence Programs.³⁵ Ésta publica en todo el país un reporte anual sobre la violencia en contra de estos grupos. Por lo general, las estadísticas del NCAVP superan con creces las que registra el FBI en el “Hate Crimes Statistics Act”. Cabe anotar que el uso de la expresión “crimen de odio” (*hate crime*) figura en las legislaciones federales y en la cultura popular para referirse a la violencia motivada por prejuicio. Por otra parte, la mayoría de las leyes estatales y el modelo más usado para redactar las leyes³⁶ prefieren la expresión “*bias crime*”, que se refiere a las conductas motivadas por una predisposición o prejuicio del perpetrador hacia la víctima o las víctimas.

³² T. Maroney, “The Struggle against Hate Crime: Movement at a Crossroad”, *op. cit.*

³³ Ver <http://www.fbi.gov>.

³⁴ “Hate Crimes Statistics Act”, 1990, United States Code.

“Hate Crimes Sentencing Enhancement Act”, 1994, United States Code 28, Sec. 944.

Violence Against Women Act, 1994, United States Code 42, Sec. 13981.

En mayo del 2007 entró en proceso ante el Congreso de los Estados Unidos la aprobación del *Local Law Enforcement Hate Crimes Prevention Act (Mathew Shepard Act)*, por el cual se modificaría la sección 245 del Título 18 del *United States Code*, que exige, como prueba de la existencia de un crimen de odio, la inscripción de la víctima en alguna actividad protegida federalmente. La modificación prescindiría de esta necesidad de prueba, y le daría al Departamento de Justicia un mayor margen de acción local, esto es, un mayor margen de acción frente a los crímenes por prejuicio de género, identidad de género, orientación sexual o discapacidad física. Esta ley también implicaría que las categorías de identidad de género, y de discapacidad física, fueran incluidas en el “Hate Crimes Statistics Act”. Ver <http://www.adl.org>, y además un mapa de las leyes contra los crímenes de odio y las diferentes clases que cada estado protege.

³⁵ Ver <http://www.ncavp.org/>.

³⁶ Ver <http://www.adl.org>.

A. SOBRE LA DEFINICIÓN

Al parecer, la distinción entre “*hate*” y “*bias*” puede ayudar a aclarar de qué estamos hablando. Propongo la noción de “prejuicio” como una categoría general que incluye tanto la noción de “predisposición” (*bias*) como la de “odio” (*hate*). El prejuicio se puede entender como una falsa generalización de ciertas características en los individuos que se consideran estáticas e inamovibles.³⁷ En este sentido, un prejuicio es la creación de un estereotipo. Pero por prejuicio es posible entender también la racionalización de una percepción generalmente negativa hacia aquellas personas o situaciones que resultan ajenas o diferentes a las nuestras. El odio, por su parte, es un sentimiento de animosidad y disgusto que puede orientarse hacia lo que aparece o necesita “marcarse” como no-yo, como diferente. En este contexto, el odio es una forma del prejuicio. Sin embargo, el odio no agota las formas en las que el prejuicio se manifiesta. El prejuicio es una forma de percibir y valorar características y diferencias sociales, pero el odio tiende a “marcarlas” con hostilidad y violencia.

La definición de crimen motivado por prejuicio que parece primar en la mayoría de las leyes es la que sugiere la Anti-Defamation League (ADL). La definición modelo propone nombrar estos crímenes como crímenes por “predisposición” (*bias*), y no tanto como crímenes de odio (*hate*). La redacción sugerida para tipificar la conducta dice: “un crimen por predisposición se refiere a aquella conducta violenta ejercida contra un individuo o grupo de individuos en razón de su raza, color, religión, origen nacional, edad, discapacidad, orientación sexual o género, reales o percibidos”.³⁸ La diferencia fundamental entre predisposición y odio consiste en que el primero (*bias*) alude a cualquier crimen en el que prima la predisposición en la selección de la víctima, al margen de la motivación del perpetrador; la noción de odio (*hate*), por su parte, implica animosidad u hostilidad por parte del perpetrador.³⁹ El prejuicio como predisposición, en este sentido, se refiere al acto de elegir a la víctima y, como se verá, la elección puede estar acompañada de animosidad, pero no siempre lo está.

En la definición modelo se enuncian también una serie de categorías sociales —raza, religión, origen nacional, orientación sexual, género— a las que se les otorga especial protección. No todos los estados ni todas las leyes federales protegen las mismas categorías, y el debate se hace aún más complejo cuando la

³⁷ Ver Elizabeth Young-Bruehl, *The Anatomy of Prejudices*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1996, p. 143.

³⁸ Ver <http://www.adl.org>. Los modelos de legislación pueden ser consultados en http://www.adl.org/99hatecrime/text_legis.asp.

³⁹ Ver Anthony M. Dillof, “Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crime Statutes”, *Northwestern University Law Review*, vol. 91, N° 3, 1997, p. 1016.

pregunta es cuáles categorías merecen protección y cuáles no. Las tensiones más fuertes en términos de inclusión en las leyes las suscitan tres categorías: género, orientación sexual e identidad de género. Éstas, leídas desde los grupos históricamente más vulnerables a este tipo de violencia, se podrían traducir en una especial protección para las mujeres —género—, los hombres homosexuales, las lesbianas y los bisexuales —orientación sexual—, y las personas transgénero —identidad de género—. Pero no es así: según el principio de igualdad ante la ley —la cláusula de protección igualitaria de la enmienda XIV de la Constitución, o *norm of sameness*—, ningún grupo puede privilegiarse por encima de otro. Por eso se protegen categorías percibidas como universales: raza, religión, origen nacional, género, orientación sexual e identidad de género, y no grupos en particular.⁴⁰

Ahora bien, ¿cómo se despliega la distinción entre predisposición y odio en las definiciones concretas de este tipo de crimen? El primer estudio dedicado exclusivamente al asunto de la violencia contra las comunidades de lesbianas y hombres homosexuales, *Hate Crimes Confronting Violence Against Lesbians and Gay Men*,⁴¹ incluye el texto “Thinking More Clearly About Hate-Motivated Crimes”.⁴² Este texto ha sido determinante para pensar el problema de la definición en general. Su aporte analítico más relevante es la diferencia que establece entre dos tipos de crimen: los crímenes simbólicos y los crímenes instrumentales (*actuarial*). La definición de “crimen simbólico” ayuda, en primer lugar, a precisar su diferencia con un “crimen ordinario”, es decir, con un crimen no motivado por prejuicios.⁴³ El fin primordial de un crimen simbólico es ejercer una violencia ejemplar para aterrorizar a un grupo de individuos por ser lo que son.⁴⁴ Las colectividades o grupos objeto de ataque forman una categoría social en tanto sus miembros “compartan uno o más atributos que tengan implicaciones sobre cómo los individuos son percibidos o tratados”.⁴⁵ Así, el elemento

⁴⁰ V. Jenness, “The Hate Crime Canon and Beyond: A Critical Assesment”, *op. cit.*, pp. 293-294.

⁴¹ Gregory Herek y Kevin T. Berrill, eds., *Hate Crimes: Confronting Violence against Lesbians and Gay Men*, Sage Publications, Newbury Park, 1992.

⁴² Richard A. Berk, Elizabeth A. Boyd y Karl M. Hammer, “Thinking More Clearly about Hate-Motivated Crimes”, en Gregory Herek y Kevin T. Berrill, eds., *Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians and Gay Men*, Sage Publications, Newbury Park, 1992, pp. 123-143.

⁴³ Ver Valerie Jenness y Ryken Grattet, *Making Hate a Crime. From Social Movement to Law Enforcement*, Russell Sage Foundation, New York, 2001, p. 4.

⁴⁴ R. A. Berk, E. A. Boyd y K. M. Hammer, “Thinking More Clearly about Hate-Motivated Crimes”, *op. cit.*; Kendall Thomas, “Corpus Juris (Hetero)Sexualis. Doctrine, Discourse, and Desire in *Bowers v. Hardwick*”, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁵ R. A. Berk, E. A. Boyd y K. M. Hammer, “Thinking More Clearly about Hate-Motivated Crimes”, *op. cit.* Traducción de la autora.

clave para diferenciar un crimen motivado por prejuicio es lo que se conoce como “el estatus simbólico de la víctima”.⁴⁶ Su carácter simbólico proviene del hecho de que la víctima, a los ojos del perpetrador, “representa” o “toma el lugar de” una cierta colectividad o grupo hacia el cual el perpetrador siente hostilidad.⁴⁷ El crimen simbólico, entonces, tiene la función, por una parte, de investir a la víctima con la “identidad” del grupo que representa y, por otra, expresar la hostilidad que el ofensor siente hacia esa identidad.⁴⁸ Cabe aclarar que en este contexto el término “simbólico” indica, como lo señala el sociólogo Pierre Bourdieu, el poder de ejercer violencia sobre una multiplicidad de cuerpos —no sólo sobre la víctima particular— aun sin tocarlos físicamente.⁴⁹ El mensaje que da es que si uno se siente parte de un grupo objeto de ataque, uno es siempre una víctima potencial. Un crimen simbólico, entonces, tiene un carácter social innegable porque se comete con fines expresivos.⁵⁰

Los llamados crímenes instrumentales, por el contrario, operan a partir de estereotipos. El victimario les adjudica a las potenciales víctimas ciertos rasgos que las hacen aparecer como propicias o más vulnerables a sus fines. Por ejemplo, el estereotipo de un comerciante blanco, que lo señala como alguien más adinerado que un joven negro —estereotipo también—, hace que el atacante lo escoja, en lugar del segundo, para cometer un robo. Puede ser cierto que en tal situación la víctima haya sido escogida *en razón de* su raza, edad, orientación sexual o género, pero no necesariamente porque el perpetrador sienta hostilidad hacia la identidad de su víctima. Sin embargo, el ofensor hace una elección informada por prejuicio que toma la forma de un estereotipo. Se podría decir que un crimen instrumental se basa en la percepción del estatus simbólico de la víctima, es decir, en su pertenencia a una cierta categoría social, pero que en todo caso *no tiene fines o propósitos simbólicos*. Es más, el perpetrador puede no sentir hostilidad alguna hacia la colectividad a la que parece pertenecer la víctima, pues “en los crímenes instrumentales el estatus simbólico de la víctima

⁴⁶ *Ibid.*, p. 127. Traducción de la autora.

⁴⁷ James Garofalo y Susan Martin, “The Law Enforcement Response to Bias-Motivated Crimes”, en N. Taylor, ed., *Bias Crime: The Law Enforcement Response*, Office of the International Criminal Justice, The University of Illinois at Chicago, Chicago, 1991, p. 17.

⁴⁸ Uso el término “identidad” en un contexto histórico. Es decir, como lo señala Kendall Thomas, como “una experiencia histórica de dominación”, no como esencia. K. Thomas, “Corpus Juris (Hetero)Sexualis. Doctrine, Discourse, and Desire in *Bowers v. Hardwick*”, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁹ Ver Pierre Bourdieu, “Sur le Pouvoir Symbolique”, *Annales* 3, mayo-junio de 1977, pp. 405-411. Pierre Bourdieu, *La dominación masculina*, Anagrama, Madrid, 1999, p. 50.

⁵⁰ V. Jenness, “The Hate Crime Canon and Beyond: A Critical Assessment”, *op. cit.*, p. 295.

se usa para recopilar información fáctica acerca de ella. Esta información es la que motiva el crimen y no la característica o la diferencia como tal”.⁵¹

En suma, pensar con claridad en la posible tipificación de las conductas motivadas por prejuicio exige tener en cuenta la diferencia entre el prejuicio como predisposición en el mero acto de selección de la víctima y el prejuicio como hostilidad hacia la víctima por ser quien es. Hablando con propiedad, si se siguen las distinciones propuestas por estos autores, sólo los crímenes simbólicos se podrían definir como crímenes de odio.⁵² Ambos crímenes son producto del prejuicio, pero uno es producto de la *hostilidad* hacia una cierta característica o características de la víctima, y el otro es efecto de la *predisposición* al escogerla. Sin embargo, un obstáculo considerable surge cuando de identificar y distinguir estos crímenes se trata: los crímenes simbólicos tienden a ser invisibilizados por aspectos instrumentales, y en ocasiones los crímenes instrumentales son desplazados por los simbólicos. Es más, muchas estadísticas revelan, sobre todo en relación con la violencia contra hombres gay, una permanente superposición entre ambos. El mayor problema cuando se trata de establecer la diferencia entre ambos tipos de crimen deriva de la necesidad de probar la hostilidad del agresor. En algunos casos, se sugiere revisar si hay motivos paralelos a la mera intención expresiva, por ejemplo beneficios económicos o de otro orden que puedan derivarse de la conducta violenta.

Pregunta

Nos enfrentamos a un homicidio con hurto en el que es posible establecer un componente de prejuicio en la selección de la víctima. Si ambos tipos de crímenes, el simbólico y el instrumental, son efecto del prejuicio, pero sólo uno —el simbólico— lo es de la hostilidad, ¿deben ambos, sin distinción, sancionarse con mayor severidad? Recordemos que en el caso de Estados Unidos, la mayoría de leyes estatales contra los crímenes de odio operan con el incremento de penas.

B. LOS MODELOS DE LEYES

En relación con lo que motiva la selección de la víctima, Frederick Lawrence señala en su libro *Punishing Hate: Bias Crimes Under American Law*⁵³ dos

⁵¹ R. A. Berk, E. A. Boyd y K. M. Hammer, “Thinking More Clearly About Hate-Motivated Crimes”, *op. cit.*, p. 128. Traducción de la autora.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Frederick Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes Under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

modelos diferentes en la legislación de los Estados Unidos: el modelo de *animosidad racial*⁵⁴ y el modelo de *selección discriminatoria*. En la redacción de la ley, el modelo de animosidad racial enfatiza la *hostilidad* del perpetrador —su motivación— hacia la colectividad a la que parece pertenecer su víctima.⁵⁵ El modelo de selección discriminatoria, por su parte, enfatiza *el acto de elegir* a la víctima con independencia de la animosidad que haya motivado la elección. En otras palabras, resalta el hecho de que la víctima sea seleccionada y tratada con violencia. Los motivos del atacante son irrelevantes, lo que importa y se castiga es el gesto de selección en tanto éste obedece a generalizaciones falsas, a prejuicios.⁵⁶ En ambos modelos, la víctima tiene que ser percibida como perteneciente a una categoría o clase protegida legalmente y previamente determinada. Lawrence nos recuerda constantemente que, si bien ambos modelos son distintos desde un punto de vista analítico, con frecuencia se superponen.⁵⁷ La Corte Suprema de los Estados Unidos parece privilegiar el modelo de selección discriminatoria en “Wisconsin v. Mitchell”.⁵⁸ El modelo de animosidad racial se privilegia en las regulaciones del FBI, aunque tuvo su gran derrota constitucional en “RAV. v. St. Paul”.⁵⁹ A continuación doy un ejemplo de cada uno de estos modelos:⁶⁰

El modelo de animosidad racial
Fla. Stat. Ann. §775.085 (West 1995)

La pena para cualquier delito o contravención debe ser mayor si en la comisión de tal delito o contravención hay evidencia de prejuicio con base en la raza, el color, los ancestros, la etnia, la religión, la orientación sexual o el país de origen de la víctima.⁶¹

⁵⁴ Lawrence explica que usa los términos “animosidad racial”, “racial” y “motivado racialmente” de una manera incluyente, es decir, que no sólo hace referencia a aquellas leyes que cubren la categoría de “raza”, sino también a otras clases protegidas como color, etnicidad, religión, género y orientación sexual. *Ibid.*, p. 4.

⁵⁵ Digo “parece” porque la identidad es imposible; en términos lacanianos, el sujeto está siempre escindido —*Spaltung*—: lo que hay es identificaciones fluidas y cambiantes. A eso se refiere Iris M. Young cuando alude a la porosidad de los límites. Ver “The Scaling of Bodies and the Politics of Identity”, *op. cit.*

⁵⁶ F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 29-30; p. 35; pp. 73-79.

⁵⁸ “Wisconsin v. Mitchell”, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 508, 1993, p. 476.

⁵⁹ “RAV. v. St. Paul”, Corte Suprema, *U.S. Reports*, vol. 505, 1992, p. 337.

⁶⁰ Ambos casos debaten la constitucionalidad de las leyes contra los crímenes de odio y ambos son casos de violencia racial.

⁶¹ “The penalty for any felony or misdemeanor shall be [enhanced] if the commission of such felony or misdemeanor evidences prejudice based on the race, color, ancestry, ethnicity, religion,

City of St. Paul, Minnesota
Bias-Motivated Crime Ordinance

Cualquiera que en propiedad pública o privada ponga un símbolo, objeto, apelativo, caracterización o grafiti que incluya una cruz en llamas o una esvástica nazi—así no se limite a éstas—, comete una conducta delictiva y debe ser acusado de contravención. En estos casos se sabe, o se tienen las bases suficientes para saber que se está ante una agresión o una amenaza fruto del resentimiento que se siente por otros debido a su raza, color, credo, religión o género.⁶²

El modelo discriminatorio
Wis. Stat. Ann. §939.645 (West 1997)

Las penas para los delitos señalados deben ser incrementadas si el ofensor selecciona intencionalmente a la persona contra la cual cometerá el delito, o selecciona la propiedad que total o parcialmente se verá afectada o dañada por el delito, en razón a sus creencias o principios respecto a la raza, la religión, el color, la discapacidad física, la orientación sexual, el origen nacional o los ancestros de la persona, dueño u ocupante de la propiedad, sean sus creencias o principios correctos o no.⁶³

Pero, ¿qué se podría decir de la relación entre los crímenes simbólicos e instrumentales y los modelos legales de selección discriminatoria y animosidad racial? ¿Se superponen, se complementan?

A primera vista se podría pensar que entre el modelo de animosidad racial y el crimen simbólico, y entre el modelo de selección discriminatoria y el crimen instrumental, existe correspondencia. En ambos casos las distinciones fueron

sexual orientation, or national origin of the victim.” Ver F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, op. cit., Apéndice C, p. 191. El énfasis es de la autora. Traducción de Julia Alejandra Morales.

⁶² “Whoever places on public or private property, a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor.” St. Paul Bias Motivated Crime Ordinance, St Paul, Minn. Legis. Code § 292.02 (1990). Traducción de Julia Alejandra Morales.

⁶³ “The penalties for the underlying crime are increased if the offender *intentionally selects* the person against whom the crime [...] is committed or selects the property that is damaged or otherwise affected by the crime [...] in whole or in part *because of* the actor’s belief or perception regarding the race, religion, color, disability, sexual orientation, national origin or ancestry of that person or the owner or occupant of that property, whether or not the actor’s belief or perception was correct.” Ver F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, op. cit., Apéndice B, p. 190. El énfasis es de la autora. Traducción de Julia Alejandra Morales.

hechas para dar pautas en la definición y en las condiciones en que se produce un crimen de odio, y en ambos se muestra el papel que tiene en el crimen la “motivación”. Lawrence anota, sin embargo, que si bien todos los crímenes motivados por prejuicio se ajustan al modelo de selección discriminatoria, no todos se ajustan al modelo de animosidad racial. En efecto, las diferencias entre un crimen simbólico y un crimen instrumental se desvanecen en el primer modelo, en el que, de una u otra forma, todos los crímenes son el resultado de un acto de *selección prejudiciado*. Esta expansión de la definición reduce la importancia jurídica de determinar qué motivó al perpetrador a hacer la selección, es decir, si lo hizo con fines simbólicos o no. Sólo importa el acto de escoger.

Por el contrario, en el modelo de animosidad racial, la hostilidad tiene que aparecer y ser probada. En este caso un crimen de odio sólo es considerado como tal cuando se ejecuta con la intención de expresar hostilidad hacia un grupo o categoría social legalmente protegida. Pero además, vale la pena resaltarlo, las conductas violentas que resultan de la hostilidad hacia un grupo o colectividad no pueden entrar en la categoría de “crímenes de odio” si ese grupo no tiene en la ley el estatus de clase protegida. Si por ejemplo la ley no contempla de manera explícita a la “identidad de género” como categoría protegida frente a los ataques motivados por prejuicio, el asesinato de una persona transgenerista, por ser lo que es, sólo puede ser juzgado como un homicidio ordinario. Se borra, no el crimen, pero sí la razón por la que fue cometido.

Preguntas

1. ¿Qué importancia puede tener el establecer tal razón o motivación si el crimen se castiga de todas maneras?
2. El valor expresivo del crimen, sin duda, tuvo un efecto aterradorante entre el grupo social de la víctima. ¿Pero el que la hostilidad-subjetividad del agresor “no sea relevante” para la ley representa para la teoría penal y sus aplicaciones algún desafío?
3. Cuando se trata de aclarar la definición de “crimen de odio” como objeto de las leyes contra conductas violentas motivadas por prejuicio, la mayoría de los argumentos que se emplean dan prioridad a la pertinencia del modelo de animosidad racial y de la definición de crimen simbólico sobre el modelo de selección discriminatoria y la definición de crimen instrumental. A pesar de ese énfasis, el modelo que domina en las cortes de Estados Unidos es el modelo de selección discriminatoria. En el contexto de su país, ¿qué argumentos constitucionales podrían sustentar esa decisión y qué argumentos constitucionales podrían oponerse?

Si bien en las cortes prima el modelo de selección discriminatoria, en las regulaciones del FBI con miras a recoger la información a la que la agencia está obligada desde 1990 por el “Hate Crimes Statistics Act”, parece primar el modelo de animosidad racial. Según estas regulaciones, un crimen de odio es “la conducta criminal motivada, en todo o en parte, por una opinión o actitud negativa pre-formada hacia un grupo de personas con base en su raza, religión, etnia, origen nacional u orientación sexual”.⁶⁴ Las regulaciones del FBI incluyen algunos indicadores de prejuicio en la comisión de un crimen, y estos indicadores permiten que ciertos crímenes sean clasificados como “crímenes de odio”. Algunos de estos indicadores se pueden resumir a continuación:⁶⁵

1. La percepción que tengan las víctimas y los testigos sobre el crimen (AR).

2. Los comentarios, gestos o declaraciones escritas hechas por los perpetradores que reflejen prejuicios, incluyendo grafitis u otros símbolos (AR).

3. Las diferencias entre el perpetrador y la víctima, sean éstas reales o una percepción del perpetrador (SD).

4. Los incidentes similares en la misma zona o vecindario que ayuden a determinar si hay un patrón de conducta

5. Si a la víctima se la podía relacionar con actividades que promovieran su pertenencia a un grupo o colectividad —su forma de vestir, su conducta— (AR-SD).

6. Si el incidente coincidió con una fiesta o fecha de particular importancia (AR-SD).

7. Que el perpetrador esté involucrado con grupos de odio o con sus miembros (AR-SD).

8. La ausencia de motivos alternativos, como por ejemplo beneficios económicos (AR).

El argumento de Lawrence señala que el modelo de selección discriminatoria es relevante para las regulaciones del FBI sólo si “la selección es probatoria de

⁶⁴ *Ibid.*, p. 35. Ver también FBI, *Hate Crime Data Collection Guideline*. Disponible en <http://www.fbi.gov/ucr/hatecrime.pdf>.

⁶⁵ Tomado de la International Association of Chiefs of Police (IACP). Disponible en http://www.theiacp.org/documents/index.cfm?fuseaction=document&document_type_id=1&document_id=141. Para un reporte extenso de otros indicadores ver F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes Under American Law*, *op. cit.* Entre paréntesis aparece, como un añadido, el posible modelo al que el indicador pertenece. (AR) para el de animosidad racial, por ejemplo, y (SD) para el de selección discriminante.

una animosidad racial subyacente”.⁶⁶ Cuando las cortes privilegian el modelo de selección discriminatoria, rechazan la animosidad como criterio para clasificar un crimen como crimen de odio. En “Wisconsin v. Mitchell”, la Corte Suprema explícitamente declara que el *motivo* tiene en las leyes contra los crímenes de odio —penales— el mismo significado que tiene en las leyes federales y estatales contra la discriminación —civiles—. Con esta opinión la Corte confirma, por una parte, la constitucionalidad de las leyes contra los crímenes de odio —al modo de la ley en Wisconsin— y, por otra, establece un paralelo entre las leyes contra los crímenes de odio y las leyes contra la discriminación.⁶⁷ Sin embargo, el *motivo* en la legislación contra la discriminación es irrelevante: “la única cosa que importa es si hay evidencia de que la víctima fue escogida intencionalmente debido a su raza, religión, origen nacional, etc[étera]”.⁶⁸ Para los propósitos de los movimientos sociales que impulsaron la creación de las leyes como potenciales remedios contra la violencia, esto tiene algunas consecuencias que pueden ser indeseables: la ausencia de la animosidad como motivo relevante nos deja con un tipo de crimen distinto que no se ajusta a la estructura de un crimen de odio, es decir, se tipifica uno distinto (*bias*) pero se “borra” otro (*hate*). Cuando el componente de la selección opera solo, nos enfrentamos a una situación en la que los crímenes instrumentales pueden oscurecer la identificación y el diagnóstico de los crímenes simbólicos, es decir, pueden promover su invisibilización. Y viceversa: en sociedades con altos índices de tensión entre grupos, con tendencia a la estigmatización de las minorías y con exigencias constitucionales de protección legal a categorías universales como la raza, el género, la orientación sexual, en lugar de hacerlo con los grupos históricamente subordinados como las mujeres, las personas no heterosexuales o no blancas, el riesgo de clasificar un crimen instrumental como un crimen de odio adquiere nuevas dimensiones: en el contexto de estigmatización de algunas minorías, la aplicación del criterio de selección independiente del componente de animosidad puede, por una parte, borrar la subordinación histórica y, por otra, ampliar la estigmatización y la sobreimposición de sanciones a grupos subordinados por razones que no tienen que ver con la hostilidad sino con la mera selección instrumental. Como lo señala Lawrence:

⁶⁶ F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, op. cit., p. 35.

⁶⁷ Para un análisis más completo de este paralelo ver M. M. Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, op. cit., pp. 37-52.

⁶⁸ V. Jenness y R. Grattet, *Making Hate a Crime. From Social Movement to Law Enforcement*, op. cit., p. 116.

El modelo de animosidad racial es preferible. Los Estados deben, o bien abandonar la selección discriminatoria como modelo para los crímenes por prejuicio, o bien reconocer que [procesar] los casos de selección discriminatoria en ausencia del componente de animosidad racial conduce a tener acusados que merecerían ser *culpados en menor cuantía* por la comisión de un crimen prejudiado, que aquel criminal prejudiado que comete el crimen a causa de su animosidad racial.⁶⁹

Preguntas

1. ¿Cuál es el papel que el motivo o *mens rea* debe tener en la tipificación de una conducta violenta ejercida por prejuicio?
2. ¿Cuáles son las diferencias jurídicas derivadas de castigar la predisposición y desconocer la animosidad como componentes del crimen?

C. LAS LEYES CONTRA LOS CRÍMENES DE ODIOS: ¿HAY QUE TENERLAS?

En América Latina, con excepción de Uruguay (ley N° 17677, artículos 1 y 2), no hay leyes que tipifiquen los crímenes de odio. Esto, en principio, podría llevar a afirmar que mientras no se tipifique este tipo de violencia, no hay en la región “crímenes de odio” como tal. Como lo demuestran los informes de varias organizaciones LGBTQ, en la región hay casos dramáticos de violaciones de los derechos humanos. A esta situación me referiré en el aparte siguiente. Pero vale la pena detenernos en algunas de las tensiones que suscitan en los Estados Unidos las leyes en cuestión. En parte, esta recopilación tiene el propósito de brindar algunos elementos para debatir los beneficios y las tensiones que surgen cuando para combatir este tipo de violencia se privilegia el camino jurídico-penal, con la formulación de nuevas leyes o el incremento de las penas, sobre otras alternativas o, incluso, cuando se hace independientemente de los cambios en los patrones sociales, culturales y mediáticos.

Las leyes federales y estatales contra la violencia por prejuicio tienen un gran *valor simbólico*, es decir, expresan la decisión institucional de combatir este tipo de violencia con los medios jurídicos disponibles. Al hacerlo, resaltan y expresan valores de no tolerancia frente a gestos que subordinan o eliminan a algunas personas por ser lo que son y las reivindican frente a la ley. Sin embargo, estas leyes conviven con otras leyes que reproducen prácticas discriminatorias y excluyentes contra los mismos grupos que las primeras pretenden proteger. Un ejemplo de esta situación se encuentra en la promulgación del “Hate Crimes

⁶⁹ F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, op. cit., p. 38.

Statistics Act”.⁷⁰ En el debate previo a la promulgación de esta ley, que obliga al FBI a presentar estadísticas anuales sobre los crímenes de odio, el senador republicano Jesse Helms exigió, para que su bancada apoyara la ley, que la “orientación sexual” se incluyera sólo si a ésta se añadía un párrafo diciendo que nada en esta ley constituía un compromiso con la toma de medidas contra la discriminación, incluida aquella basada en la orientación sexual. El párrafo además consigna, en varias ocasiones, que la familia —nuclear heterosexual— es la base de la sociedad norteamericana y que nada de lo promulgado en la ley puede ser entendido como un apoyo a la homosexualidad, ni debe destinarse partida alguna a financiarla.

Cuestiones a debatir

Ante la existencia de un sistema jurídico que desconoce o ataca las sexualidades no normativas, es decir, que está permeado de homofobia, la pregunta que surge es si se debe depurar de homofobia el orden legal establecido, evidenciar y cambiar las fuentes jurídicas del problema y abstenernos de proteger con leyes específicas a grupos específicos, o si debemos promulgar leyes contra la violencia por homofobia y otros grupos de riesgo, aunque convivan con otros arreglos legales homofóbicos y prejuiciados.

Aunque con frecuencia se debate la ineficacia instrumental de las leyes contra los crímenes de odio,⁷¹ el resultado más “exitoso” de estas leyes se puede constatar en dos órdenes: los cambios de actitud y de comportamiento de los oficiales de policía en algunas ciudades de los Estados Unidos,⁷² y el reconocimiento de las comunidades protegidas. Las leyes, en el primer caso, suponen para la fuerza pública la existencia de herramientas claras para identificar y reportar conductas violentas motivadas por prejuicio. Sin embargo, ésta no parece ser una situación generalizada. Así lo demuestra el impactante informe que Amnistía Internacional publicó en el 2005 sobre la violencia de la policía contra la comunidad LGBTQ en los Estados Unidos: “Stonewalled: Police Abuse and Misconduct Against Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People in the United States”.⁷³ En el segundo caso, hay una eficacia simbólica en el reconocimiento a los activistas y a las víctimas de las comunidades sobre la no tolerancia a la conducta violenta

⁷⁰ “Hate Crimes Statistics Act”, 1990, United States Code 28, Sec.534.

⁷¹ Ver James B. Jacobs y Kimberly Potter, *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, Oxford University Press, New York, 1998, p. 5.

⁷² Jack Levin y Jack McDevitt, *Hate Crimes Revisited: America's War against Those Who Are Different*, Westview Press, Boulder, 2002, capítulo 12, pp. 155-170. Ver también la nota de pie de página 13 en el mismo texto, pp. 242-244.

⁷³ Ver <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR511222005>.

motivada por prejuicio. Sin embargo, esta eficacia simbólica convive con niveles muy bajos de eficacia instrumental; es decir, en proporción a los informes de las organizaciones, los casos identificados, procesados y sentenciados bajo estas leyes son pocos.⁷⁴

Pregunta

¿Cuáles serían las ventajas y las desventajas de tener leyes con un alto valor simbólico pero con una baja eficacia instrumental?

Las tensiones que estas leyes representan se podrían sintetizar en tres puntos:

a. Tienen eficacia simbólica. Reconocen el valor de vidas que históricamente han sido vaciadas de humanidad, pero al hacerlo excluyen otras.⁷⁵

b. Su eficacia instrumental —identificación del crimen, procesos y sanciones— para reducir la violencia es dudosa, y, al reducir el castigo al del perpetrador individual, tienden a diluir el carácter social del prejuicio.

c. El Estado, a través de su sistema penal, aparece como defensor de la víctima frente a la injuria, y no es susceptible de crítica frente a la violencia que él mismo, ese Estado, ejerce.⁷⁶ Butler, en su texto “Violencia, duelo, política”,⁷⁷ señala cómo la vida humana adquiere un valor y un sentido estratificados, y cómo ese sentido se extiende bien sea al duelo público, por su pérdida, o bien a su total olvido, es decir, a su deshumanización. Así, anota:

La vida se cuida y se mantiene diferencialmente, y existen formas radicalmente diferentes de distribución de la vulnerabilidad física del hombre a lo largo del planeta [y

⁷⁴ El problema de la violencia no reportada fue confirmada en una comunicación personal por Mathew Foreman, quien en el momento de la entrevista se desempeñaba como director ejecutivo de la Empire State Pride Agenda (noviembre de 2002), y por Katie Doran, asesora especial de la Fiscalía General de la ciudad de Nueva York para los temas relacionados con la comunidad lesbiana, gay, bisexual, transgénero y *queer* (LGBTQ). Las entrevistas datan de noviembre del 2002 y mayo de 2003.

⁷⁵ Ver Judith Butler, “Violencia, duelo, política”, en *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, Paidós, Buenos Aires, 2006, pp. 59-61.

⁷⁶ Ver Wendy Brown, *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1995, p. 21; Judith Butler, *Lenguaje, poder e identidad*, Editorial Síntesis, Madrid, 1997, pp. 126-127.

⁷⁷ J. Butler, “Violencia, duelo, política”, *op. cit.*

en cada sociedad]. Ciertas vidas están altamente protegidas, y el atentado contra su santidad basta para movilizar la guerra. Otras vidas no gozan de un apoyo tan inmediato y furioso, y no se calificarán incluso como vidas que “valgan la pena”.⁷⁸

Cuando la violencia ataca vidas que “no valen la pena”, vidas que ya han sido negadas en el discurso, parecería no haber daño, porque, ¿cómo dañar lo que nunca “fue”, lo que ya estaba perdido de antemano?⁷⁹ No hay reconocimiento de pérdida alguna, no hay discurso ni duelo, es decir, la violencia contra las vidas “que no valen la pena” no se registra ni en la memoria colectiva, ni en los tribunales, ni en los periódicos, ni en las comunidades. Son puro silencio, su único registro es el de la banalidad. Queremos creer que uno de los argumentos a favor de las leyes contra los crímenes de odio es su intención de reconocer el valor de las vidas históricamente negadas, de nombrarlas y devolverles su humanidad. Pero el asunto revela toda su complejidad cuando hace evidente que la ley, por un lado reconoce, y por el otro y de forma simultánea, reifica la estratificación al seleccionar ciertas categorías, sobre otras, para otorgar su protección. Lawrence señala este problema en relación con los Estados que protegen unas categorías y excluyen otras:

[...] los Estados que excluyen la orientación sexual de sus leyes contra el crimen motivado por prejuicio (*bias*) están haciendo una declaración normativa sobre la naturaleza de la homosexualidad y el tratamiento de hombres *gay* y lesbianas [...] La no inclusión de la orientación sexual —o una inclusión precaria— implicaría que los hombres *gay* y las lesbianas no merecen la misma protección de las minorías raciales, religiosas o étnicas, y que la orientación sexual no es una fractura social tan seria como la raza, la religión y la etnia.⁸⁰

Nos gustaría agregar que otras categorías —la identidad de género, por ejemplo, y en ocasiones el género— tienen similar destino. Pero ésta no es la única contradicción a la que se enfrentan estas leyes. Como se vio, las clases protegidas representan categorías universales, no grupos particulares. Por un lado, la intención de los legisladores cuando aprueban leyes contra la violencia por prejuicio es dejar en claro que el Estado tiene un interés primordial —*compelling interest*— en proteger ciertos grupos históricamente subordinados,⁸¹

⁷⁸ *Ibid.*, p. 58.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 60.

⁸⁰ F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, *op. cit.*, p. 20. Traducción de la autora.

⁸¹ Ver la afirmación en “Michael Earl Dobbins v. State of Florida”, 1992, Corte de Apelaciones de la Florida, *Southern Reporter 2d*, vol. 605, p. 992.

pero, por otro, la obligación constitucional de dar protección igualitaria ante la ley y de asegurar una potencial inclusión futura de los grupos que se podrían subsumir en tales categorías, impide que se proteja a grupos particulares y hace que esa protección deba formularse como orientada a ciertas categorías en las que se perciben fracturas sociales.⁸² Esto significa, dicho de otro modo, que en lugar de proteger a los grupos minoritarios, se protegen las categorías que se consideran especialmente vulnerables —sospechosas—, como por ejemplo las de raza, religión, orientación sexual, género e identidad de género. Varios problemas que vale la pena mencionar se derivan de esto. Si se borran las diferencias históricas entre los grupos vulnerables, es posible que el daño que se quería reparar se intensifique, pues se actúa en un contexto que no es neutral sino cargado de estigmas previos. Por ejemplo, una noche cualquiera entra un hombre heterosexual a un bar frecuentado por lesbianas. Trata de invitar a una de las clientes a irse con él; ésta se niega, y le pide que se retire, a lo que el hombre se resiste entre burlas y lenguaje ofensivo. La clienta del bar se molesta y le contesta con rabia; la discusión alcanza los gritos; otras clientas intervienen y obligan al hombre a abandonar el lugar, lo empujan a la calle y le desocupan encima las canecas de basura del bar. Al caer, el hombre se golpea y se rompe una costilla. La policía acude, y el individuo acusa a las clientas del bar de asalto motivado por orientación sexual —la orientación heterosexual del individuo—. El policía procesa el caso, el gran jurado formula la acusación de asalto por odio (desde el año 2000 en Estados Unidos, por decisión de la Suprema Corte en “*Apprendi v. New Jersey*”,⁸³ sólo el gran jurado puede acusar de este tipo de crimen), y el juez aplica un incremento de la pena a su discreción y con el poder de dictar sentencia establecido por la ley.

Preguntas

1. ¿Qué elementos pueden ser necesarios para identificar un ataque por odio?
2. ¿Debe la ley proteger la “heterosexualidad” —una característica hegemónica— en las mismas condiciones en que debe proteger “la homosexualidad” —una característica por lo general vulnerable—?

⁸² F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, *op. cit.*, p. 20.

⁸³ “*Apprendi v. New Jersey*”, 2000, 530 U.S. 466.

El énfasis en la universalidad de las categorías que se protegen en un crimen determinado desconoce, además, lo que Kimberlé Crenshaw llama la interseccionalidad de las categorías. Esto es, el hecho de que todos ocupamos más de una línea de vulnerabilidad, y que cuando se opta por representar o proteger una en particular se invisibilizan otras, por lo general las más vulnerables. Es decir, que entre las vulnerabilidades reconocidas también hay grados. Por ejemplo, hablar de violencia a causa de la raza, supone que frente al conflicto es fácil determinar los límites entre los grupos,⁸⁴ es decir, que éstos son rígidos y definitivos y que, por ejemplo, sentirse o ser percibido como homosexual es algo claro y definitivo. Esto, como se señaló, desconoce el carácter poroso de las categorías,⁸⁵ y además contribuye a intensificar la violencia entre grupos porque se borra a los marginados entre los marginados. Un ejemplo notable de este peligro lo da Crenshaw cuando describe el trato que (no) reciben las mujeres negras en las leyes contra la discriminación. Sufren discriminación de género y discriminación de raza. En su experiencia cotidiana tienen que optar por ser mujeres y declinar su lucha racial, u optar por ser negras y declinar su lucha de género. Por lo general, son discriminadas en ambos registros, hostilizadas en sus propias identificaciones y doblemente invisibilizadas: el desconocimiento por la raza crea una relación hegemónica⁸⁶ en la que la protección se dirige a ciertas prácticas que subordinan o excluyen a los *hombres* negros; y el desconocimiento por el género crea una relación hegemónica en la que la protección se dirige a ciertas prácticas que discriminan o excluyen a las mujeres *blancas*.⁸⁷ La misma reflexión podría hacerse sobre las leyes contra los crímenes de odio por orientación sexual y por género. La primera es “tomada” por los hombres gay y la segunda es “tomada” por las mujeres heterosexuales, lo que tiende a invisibilizar la violencia contra las lesbianas, pues ésta tiene que subsumirse en una u otra sin ser nombrada en su particularidad.⁸⁸

⁸⁴ Ver Annjanette Rosga, “Policing the State”, *Georgetown Journal of Gender and the Law*, N° 1, 1999, pp. 145-171.

⁸⁵ I. M. Young, “The Scaling of Bodies and the Politics of Identity”, *op. cit.*, p. 146; M. M. Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁶ Ver Ernesto Laclau, *Emancipation(s)*, Verso, New York, 1996.

⁸⁷ K. Crenshaw, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color”, *op. cit.*

⁸⁸ M. M. Gómez, *On Discrimination and Exclusion: An Approach to Hate Crime Politics*, *op. cit.*, capítulo V.

Pregunta

Butler afirma que

[...] quizás cometemos un error si entendemos la definición legal de quiénes somos como descripciones adecuadas de lo que somos [...] Cuando decimos “nosotros” no hacemos otra cosa que nombrar el problema [de ser siempre otra cosa distinta a lo nombrado]. No lo resolvemos.⁸⁹

Si la racionalidad de incluir categorías no es otra cosa que reconocer el valor de las vidas más vulnerables, y si no estamos todos incluidos —nuestras vulnerabilidades—, se colige entonces que no todos valemos lo mismo. Si, por otro lado, todos estamos incluidos, ¿para qué tener leyes contra los crímenes de odio con categorías protegidas? ¿No debería ser suficiente la legislación ordinaria? ¿Implica esto que la ley debe operar por “proximidad” ante la inestabilidad de las categorías, o simplemente evitarlas? ¿Qué diría al respecto el “test de igualdad”?

A pesar del valor simbólico de estas leyes, sus procesos de institucionalización, su objetivo de cambiar las prácticas culturales y sobre todo las prácticas del sistema criminal han develado fallas instrumentales de consideración. Esto es evidente en cuatro aspectos de su aplicación: a. inadecuado control de la discrecionalidad; b. muy bajos resultados procesales; c. aplicación selectiva de la ley; y d. brutalidad policial.⁹⁰

⁸⁹ J. Butler, “Violencia, duelo, política”, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁰ Ver T. Maroney, “The Struggle against Hate Crime: Movement at a Crossroad”, *op. cit.*, pp. 559-617. Aunque el texto de Maroney es la fuente principal, clasificaciones similares y muy enriquecedoras pueden consultarse en V. Jenness y R. Grattet, *Making Hate a Crime. From Social Movement to Law Enforcement*, *op. cit.*; Valerie Jenness y Kendal Broad, “Antiviolence Activism and the (In) Visibility of Gender in the Gay/Lesbian and Women’s Movements”, *Gender and Society*, vol. 8, 1994, pp. 402-423; J. B. Jacobs y K. Potter, *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, *op. cit.*; James B. Jacobs y Jessica Henry, “The Social Construction of Hate Crime Epidemic”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 86, 1996, pp. 366-384; Annjanette Rosga, “Bias Before the Law: The Rearticulation on Hate Crimes in Wisconsin v. Mitchell”, *Review of Law and Social Change*, vol. 25, N° 29, 1999, pp. 29-63; Annjanette Rosga, “Deadly Words: State Power and the Entanglement of Speech and Violence in Hate Crime”, *Law and Critique*, vol. 12, 2001, pp. 223-252.

a. Los esfuerzos políticos y legales del movimiento social contra los crímenes de odio en Estados Unidos se han dirigido a identificar e implementar estrategias de recopilación de datos y a afinar las definiciones para apoyar con herramientas concretas el desarrollo de los procesos legales y la emisión de fallos. Un objetivo concreto consiste en batallar contra los prejuicios internos en el sistema jurídico-penal mediante la implementación de mecanismos de control a la discrecionalidad.⁹¹ Tan promisorio como esto pueda parecer, el éxito de tal objetivo depende radicalmente de las ideologías políticas, de las percepciones sociales y de las experiencias particulares de los actores estatales. Por ejemplo los oficiales de policía, quienes en general son los primeros en entrar en contacto con los hechos, oponen varios tipos de resistencia cuando de identificar y clasificar los incidentes como crímenes de odio se trata. En primer lugar, porque, como lo señala Annjanette Rosga, “es difícil para ellos ver a las personas gay como víctimas legítimas y merecedoras de sus servicios”.⁹² En segundo lugar, según Maroney, porque “tienen incentivos poderosos para subestimar los crímenes por prejuicio”, entre ellos la necesidad de documentar de manera especial el hecho, reportarlo de inmediato a sus superiores y, sobre todo, aceptar que hay una cierta violencia “incómoda” que está en las calles y, sensible como suele ser la policía a la publicidad, verse expuestos a reconocer que “no todo está bajo control”.⁹³

b. Lo anterior tiene una relación directa con los bajos resultados procesales. El número de casos identificados por la policía como crímenes de odio y el número de éstos que llega a los tribunales —tipificados como tales, al menos— es asombrosamente bajo. Este hecho, sin embargo, contrasta con las estadísticas de las organizaciones no gubernamentales y del mismo FBI. Es decir, el número de procesos está lejos de reflejar lo que las estadísticas señalan. Por eso, aún si los casos superan las dificultades en las estaciones de policía, tienen que enfrentar las del sistema jurídico,⁹⁴ sobre todo a jueces y fiscales, empapados muchas veces en sus juicios e interpretaciones de los prejuicios de la sociedad en general. La reducida eficacia instrumental de las leyes ha conducido a sus opositores a afirmar “que los crímenes de odio rara vez son procesados y, por tanto, las leyes contra ellos casi nunca se utilizan”.⁹⁵

⁹¹ T. Maroney, “The Struggle against Hate Crime: Movement at a Crossroad”, *op. cit.*, pp. 599-600.

⁹² Annjanette Rosga, “Policing the State”, *op. cit.*, p. 145.

⁹³ T. Maroney, “The Struggle against Hate Crime: Movement at a Crossroad”, *op. cit.*, p. 600 (nota de pie de página 211).

⁹⁴ *Ibid.*, p. 603.

⁹⁵ J. B. Jacobs y K. Potter, *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, *op. cit.*, pp. 214-217.

c. La aplicación selectiva de la ley se deriva, en parte, de la miopía de jueces, fiscales y policías para identificar casos que no son paradigmáticos. Cuando las sociedades se enfrentan a casos trágicos que se han erigido en paradigmas, por ejemplo el asesinato de Mathew Sheppard como paradigma de la violencia contra los hombres gay, el de Brandon Teena de la violencia contra las personas transgeneristas, o el de James Byrd de la violencia racial, estos casos, por horrendos que sean, se pueden identificar fácilmente como crímenes de odio.⁹⁶ Cada uno de ellos se ajusta a la definición de un crimen simbólico cuyo único propósito es producir terror entre un grupo de individuos por ser lo que son. Otra es la historia de casos menos crudos, menos directos, es decir, de aquellos que exhiben una mezcla de motivos, por ejemplo, ganancia económica o venganza personal. La experiencia de Estados Unidos y la de muchos otros países muestra que la policía, los fiscales y los jueces tienden a eliminar estos casos de sus listas de crímenes motivados por prejuicio y a juzgarlos, por ejemplo, como hurto o crimen pasional. Tal supresión crea tensiones entre el sistema penal y las comunidades atacadas, pues si bien éstas perciben que los ataques de los que son objeto los motiva el odio, carecen del poder para categorizarlos. Maroney lo precisa: “[...] el sistema penal es el que tiene el poder definitivo para nombrar o procesar un crimen como motivado por prejuicio, son la policía y los fiscales —no las comunidades bajo ataque— los que definen tales crímenes”.⁹⁷

Es posible afirmar entonces que la aplicación selectiva de la ley se origina, en parte, en la influencia que ejercen los prejuicios en los actores estatales involucrados. Uno incluso podría pensar que hay una percepción social, compartida por muchos actores estatales, de que los miembros de las comunidades minoritarias tienden a ser agentes del crimen o causa de su propia victimización —ejemplo

⁹⁶ Mathew Sheppard fue atacado la noche del 7 de octubre de 1998 en Laramie, Wyoming, por dos hombres, compañeros suyos en la universidad, a quienes encontró en un bar y quienes ofrecieron llevarlo a su casa. Los dos hombres lo robaron, lo golpearon brutalmente y lo ataron inconciente a una verja de alambre. Mathew murió el 12 de octubre a consecuencia de las lesiones cerebrales que los golpes le produjeron. Brandon Teena fue un transgenerista asesinado la noche del 31 de diciembre de 1993, en Falls City, Nebraska, por dos hombres de su círculo de amigos que lo habían violado y agredido dos semanas antes, luego de descubrir que su anatomía era femenina, y a quienes él denunció ante la policía. Tras enterarse de las denuncias sus atacantes lo buscaron y asesinaron, junto a las otras personas que se encontraban con él en el lugar donde sucedieron los hechos. James Byrd, un hombre negro de 49 años, fue asesinado el 7 de junio de 1998, en Jaspers, Texas, por tres hombres blancos que ofrecieron llevarlo a su casa. Los tres hombres lo golpearon, lo ataron con cadenas a la parte trasera de su camioneta y lo arrastraron a lo largo de tres millas. No se tiene información sobre si James estaba vivo o muerto en el momento en que fue atado a la camioneta. Su cuerpo fue abandonado por los atacantes en el terreno del cementerio segregado de la población.

⁹⁷ T. Maroney, “The Struggle against Hate Crime: Movement at a Crossroad”, *op. cit.*, p. 605. Traducción de la autora

de esto es la estigmatización de los jóvenes afroamericanos o de las personas transgeneristas en los Estados Unidos—. En esos casos, la discrecionalidad en manos de agentes estatales prejuiciados o insensibles se puede manifestar en el uso desproporcionado de las leyes en contra de los miembros de los grupos históricamente subordinados.⁹⁸

d. Aunque cada uno de los puntos señalados representa un obstáculo para la eficacia instrumental de las leyes en cuestión, y generan ansiedad frente a la pertinencia del sistema penal para liderar cambios, ninguno de ellos es tan determinante y contraproducente para la lucha por la reducción de la violencia por prejuicio, y en especial por prejuicio sexual, como la brutalidad policial. Los sociólogos Jack Levin y Jack McDewitt comentan:

[...] la policía ha sido por tradición un agente de primer orden en la violación de derechos civiles de las víctimas gay y lésbicas [...] Estas víctimas han sido para la policía las más difíciles de entender. Posiblemente esto sucede por el estereotipo del hombre gay como la antítesis de la imagen de macho que muchos oficiales de policía proyectan.⁹⁹

Los procesos de adaptación de las demandas sociales a las estructuras institucionales obligan, hasta cierto punto, a absorber los prejuicios que han alimentado históricamente al sistema penal, es decir, a absorber sin mucha crítica los patrones culturales imperantes en la sociedad. Por eso la brutalidad policial ataca de manera especial a ciertas minorías —género, raza, identidad de género y orientación sexual—, y hace realidad lo que se conoce como “victimización secundaria”. Este tipo de violencia consiste en la producción de traumas adicionales en víctimas de la violencia, y es el resultado de abusos experimentados por las víctimas cuando deciden declarar, acusar y, en ocasiones, llegar hasta los tribunales y enfrentarse con los prejuicios de los funcionarios del Estado: policía, fiscales, médicos, trabajadores sociales y jueces.¹⁰⁰ En ese sentido, la victimización secundaria agudiza la percepción de ciertos grupos de estar “siempre en riesgo” de ser víctimas de ataques violentos.

En contraste, y en cierta forma como complemento de lo anterior, bien vale la pena tener en cuenta que la mayoría de los crímenes por prejuicio no son co-

⁹⁸ *Ibid.*, p. 607.

⁹⁹ J. Levin y J. McDewitt, *Hate Crimes Revisited: America's War Against Those Who Are Different*, *op. cit.*, p. 196. Traducción de la autora.

¹⁰⁰ V. Jenness y K. Broad, *Hate Crimes, New Social Movements and the Politics of Violence*, Walter Gruyter, Inc, New York, 1997, p. 26. V. Jenness y R. Grattet, *Making Hate a Crime. From Social Movement to Law Enforcement*, *op. cit.*, p. 27; T. Maroney, “The Struggle Against Hate Crime: Movement at a Crossroad”, *op. cit.*, pp. 574-575.

metidos por grupos organizados.¹⁰¹ La mayoría de estos crímenes los cometen ciudadanos comunes. Sin embargo, es habitual encontrar que la mayoría de los perpetradores de este tipo de violencia actúan con la convicción de que están haciendo el trabajo que el Estado ha fallado en realizar. Esta dinámica repite lo que he dado en llamar la lógica del paramilitarismo.¹⁰²

Cuestiones a debatir

A partir de lo anterior señalamos, por un lado, que algunos de los funcionarios del Estado, y en especial del sistema penal, se erigen en perpetradores por omisión o porque toman decisiones prejuiciosas. Ésta parece ser una situación también común en Latinoamérica. Así por ejemplo, se expresa un juez de segunda instancia sobre el contexto del asesinato de un hombre en Ibagué, Colombia:

F.O.G., de cuarenta y cinco años de edad, soltero, reconocido dentro del círculo de amigos y del vecindario como homosexual de carácter activo generalmente, residía en la casa de habitación ubicada en [...] y dormía en una alcoba con salida hacia la calle, en donde con frecuencia era visitado por jóvenes de su misma tendencia y viciosos a estupefacientes [...]¹⁰³

La declaración que sigue sirve también de muestra. Ocurre en Ecuador, donde si bien la Constitución protege ante la ley, de manera explícita, el derecho de igualdad de la orientación sexual (artículo 23, 3), en este caso el Tribunal Constitucional elimina la homosexualidad como crimen, pero defendiendo la heterosexualidad como norma y dándole a la homosexualidad el trato de “disfunción”. Así lo señala Silvana Sánchez Pinto, coordinadora de CLADEM-Ecuador, en una carta que dirige a la Defensoría del Pueblo de ese país:

El Tribunal de Garantías Constitucionales, actualmente Tribunal Constitucional, mediante resolución de 25 de noviembre de 1997, declaró inconstitucional el primer inciso del [artículo] 516 del Código penal, que tipificaba como delito la homosexualidad. El argumento utilizado por el Tribunal para resolver, revela su anclaje en el estereotipo de que el patrón de normalidad es la heterosexualidad, al señalar que: “No se ha definido si la conducta homosexual es una conducta desviada o se produce

¹⁰¹ Glaad, Today (NBC), *Intolerance. Panel Discussion* (videocasete), 2003.

¹⁰² M. M. Gómez, “Crímenes de odio en Estados Unidos. La distinción analítica entre excluir y discriminar”, *op. cit.*

¹⁰³ Transcripción que hace la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sala de Casación Penal, de la presentación de los hechos por un juez de segunda instancia (Tribunal Superior de Ibagué). Ver Acta N° 20 del 15 de febrero de 2000.

por acción de los genes del individuo, más bien la teoría médica se inclina por definir que se trata de una disfunción o hiperfunción del sistema endócrino, que determina que esta conducta anormal debe ser objeto de tratamiento médico [...] antes que objeto de sanción penal”.¹⁰⁴

Por otro lado, los perpetradores “sienten” que están en su derecho de defenderse porque el Estado no los protege:

Se usa la expresión “limpieza social” para designar el frecuente y en ocasiones sistemático asesinato de individuos que pertenecen a aquellos grupos denominados por la sociedad colombiana como ‘desechables’: gamines, pordioseros, prostitutas, homosexuales y travestís, ladronzuelos y drogadictos. Los victimarios señalan la ineficiencia del sistema judicial y juegan con la ansiedad y el temor por la seguridad pública, para justificar sus acciones como actos de protección de la sociedad.¹⁰⁵

[...] miembros de grupos de odio han extendido el significado del término “defensa” hasta incluir comportamientos agresivos y el ataque a víctimas inocentes. En un ejemplar reciente de su periódico WAR, por ejemplo, Tom Metzger afirma: “Tenemos todo el derecho de usar la fuerza en defensa propia, en revancha y como prevención contra aquellos que abiertamente amenazan nuestra libertad”.¹⁰⁶

Ahora bien, el interés original del movimiento contra los crímenes de odio en los Estados Unidos era defender a los grupos históricamente subordinados

¹⁰⁴ Carta de Sánchez Pinto a Rosario Utreras, Directora Nacional de Defensa de los Derechos de las Mujeres, la Niñez y la Adolescencia de la Defensoría del Pueblo del Ecuador. Quito, 8 de junio de 2005.

¹⁰⁵ The International Gay and Lesbian Association, “*Cleaning up the streets*”: *Human Rights Violations in Colombia & Honduras, Report*, 1996 (traducción del autor). Ver, también, Juan Pablo Ordóñez, *Ningún ser humano es desechable: limpieza social, derechos humanos y orientación sexual en Colombia*, Comité de Derechos Humanos de Colombia, Comisión Internacional de Derechos Humanos de Gays y Lesbianas y Proyecto Dignidad por los Derechos Humanos en Colombia, Bogotá, 1995.

¹⁰⁶ Tom Metzger, y su hijo John Metzger, lideran en Estados Unidos un grupo de supremacía blanca (White Aryan Resistance —WAR—). Metzger presenta un programa de cable, tiene un periódico y una línea de emergencia en Washington D.C. Entre otras cosas, ejerció en la década del setenta como Gran Dragón de los Caballeros del Ku Klux Klan por California, y en 1980 ganó la nominación demócrata por California a la Cámara de Representantes. Posteriormente, cuando se postuló para el Senado, perdió. Fue encontrado responsable —intelectual— del asesinato, a manos de tres cabezas rapadas locales, del inmigrante etíope Mulugeta Seraw, en Portland, Oregon, y tuvo que pagar millones de dólares en reparaciones civiles. Citado por J. Levin y J. McDevitt, *Hate Crimes Revisited: America's War against Those Who Are Different*, *op. cit.*, p. 101. Traducción de la autora.

del poder del Estado y de agentes violentos estatales y no estatales. Han logrado la aprobación de tres leyes federales, que incluyen la elaboración de estadísticas y la distribución de recursos, entre otras cosas, y han impulsado leyes en todos los estados —excepto Wyoming— que contemplan desde el aumento de penas a la creación de nuevas leyes.¹⁰⁷ Además de lo anterior, los defensores de estas leyes esperaban otros beneficios: alertar a la policía, fiscales y jueces sobre este tipo de crimen, y aumentar los recursos para combatirlo; pero, ante todo, hacer claridad y propiciar en el sistema penal la disposición necesaria para enfrentar las formas de violencia particulares que aquejan a las minorías. De manera muy kelseniana se podría pensar, así, que la eficacia de las leyes contra los crímenes de odio consistiría en transformar la fuerza policial y a los funcionarios judiciales, antes que a los perpetradores. En ese sentido, las leyes no han sido muy eficaces; y los debates sobre ellas se han concentrado más en cómo afinar su eficacia instrumental que en determinar y revisar las transformaciones sociales y culturales que podrían contribuir a la reducción de esa violencia.

La mayoría de las leyes contra los crímenes de odio operan mediante un aumento de la sanción, es decir, desde una perspectiva retributiva de la pena. Desde este punto de vista, el ofensor individual tiene que pagar por su crimen de una forma adecuada y proporcional. Pero el dilema que surge y que se enfrenta entonces es que cuando las políticas contra los crímenes de odio se reducen o privilegian el camino jurídico-penal, individualizan el problema y desconocen que la violencia por prejuicio no existe sin una base cultural, social, legal y política que la alimenta y fortalece. Tratar de solucionar el problema aumentando las penas podría leerse como un recurso facilista para dilatar la urgencia de transformar los patrones existentes y dejar intactos los prejuicios que los nutren, haciendo además de los perpetradores individuales los chivos expiatorios de la intolerancia general. En términos de Butler, “cuando el discurso político se ve reducido por completo al discurso jurídico, el significado de la oposición política corre el riesgo de quedar reducido al acto de la persecución judicial”.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Ver <http://www.adl.com>.

¹⁰⁸ J. Butler, *Lenguaje, poder e identidad*, *op. cit.*, p. 90. El contexto del argumento de Butler se refiere a la prohibición legal de los discursos del odio y no propiamente a las leyes contra la conducta violenta motivada por prejuicio, pero creo que la fuerza de su crítica hace que se extienda a éstas. La referencia es parcial, pues el argumento de Butler es mucho más amplio y sugerente: apunta a mostrar el carácter creador y transformador del lenguaje jurídico y la forma como éste produce sus sujetos; pone en evidencia la necesidad de cuestionar la neutralidad del Estado en la aplicación de la ley, y el desplazamiento que hacen los Estados modernos del daño hecho por ellos —los Estados— al daño hecho por el ciudadano y las instituciones no estatales. Una justificación de tal desplazamiento, afirma Butler, exige “superar las restricciones que impone la doctrina de la acción estatal”. *Ibid.*, p. 86.

¿Y qué habría que decir cuando el Estado es, él mismo, un reproductor de la violencia? Cuando el problema de la violencia por prejuicio se reduce a la persecución jurídica, se está suponiendo que el Estado, a través de su sistema penal, es “un instrumento neutral de aplicación de la ley”.¹⁰⁹ Pero el discurso estatal —el de sus distintos agentes, el de sus omisiones y afirmaciones— tiene el poder de hacer daño,¹¹⁰ por ejemplo, con la violencia de la interpretación legal: “cuando el juez interpreta, utilizando el concepto de castigo, también actúa —a través de otros— para dominar, herir, dejar indefenso, o incluso matar al prisionero”.¹¹¹ Asimismo, las palabras u omisiones de la ley contribuyen a generar un contexto que, directa o indirectamente, propicia la violencia por prejuicio. Recordemos que el poder creador y transformador del lenguaje —“performativo”, en términos de J. L. Austin—,¹¹² es decir, su capacidad de generar cambios de actitud o de intervenir activamente en el orden de las cosas, necesita un contexto que le otorgue sentido. Así, los gestos violentos sólo pueden llegar a ser ejemplares para ciertos grupos si el contexto es perjudicado de antemano. Por ejemplo, para que la violencia por homofobia sea tal, requiere un contexto homofóbico previo que le dé su significado particular y lo reproduzca. El derecho no es ajeno a la construcción de estos contextos, sus palabras o sus silencios son poderosos. Por eso la presuposición de que el Estado es neutral se vuelve polémica: localiza el poder del daño en los individuos y agentes no estatales, y, en tanto “desplaza el acento del daño hecho por el Estado al daño hecho por el ciudadano y por las instituciones no estatales contra los ciudadanos [...] produce una reevaluación de la cuestión de cómo el poder opera en y a través del discurso”.¹¹³

En el mismo orden de ideas, y en relación con la producción de identidades a través del discurso legal, cuando el Estado decide qué categorías proteger, es decir, cuando indirectamente apoya las identidades políticas, no sólo produce un gesto de “protección” sino que también crea sus “víctimas” y, al buscar soluciones en el registro jurídico, sobre todo en el derecho penal, ofrece una prueba de su impotencia para controlar el daño social.¹¹⁴

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 86.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 85. Butler cita a Robert Cover, “Violence and the Word”, *96 Yale Law Journal*, 1986, pp. 1595-1601.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² Ver J. L. Austin, *How to Do Things with Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1975.

¹¹³ J. Butler, *Lenguaje, poder e identidad*, *op. cit.*, p. 85.

¹¹⁴ W. Brown, *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, p. 21; A. Rosga, “Policing the State”, *op. cit.*

El argumento sobre el papel del Estado remite a la necesidad del debate sobre la responsabilidad de la ofensa, dicho de otro modo, remite a la pregunta de cómo produce el derecho sus sujetos.¹¹⁵

III. LEGISLACIÓN CONTRA LA VIOLENCIA POR PREJUICIO SEXUAL. ESTADO ACTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS LGBTQ EN AMÉRICA LATINA

El discurso contra la violencia por homofobia en América Latina está enmarcado en la defensa de los derechos humanos. Por lo tanto, no remite exclusivamente a los agentes e instituciones no estatales, sino en primer término a quienes ostentan el uso privativo de la fuerza. La mayoría de los países que presentan reportes anuales lo hacen en nombre y en defensa de los derechos humanos de las comunidades LGBTQ. Sería pertinente preguntar si el discurso legal antihomofóbico se enmarca en los discursos sobre DDHH porque no existe una legislación particular sobre este tipo de violencia o porque se ha tomado la decisión estratégica de inscribir este tipo de violencia dentro de las conductas que vulneran directamente los derechos fundamentales consagrados en las constituciones políticas y en los convenios internacionales. En Estados Unidos, en cambio, los grupos LGBTQ han luchado con énfasis en la promoción de leyes federales y estatales contra los crímenes de odio. En el derecho penal, estas leyes funcionan en forma paralela a como en el derecho civil lo hacen las leyes contra la discriminación.¹¹⁶ Ese paralelo ofrece un motivo para debatir si, cuando en el ámbito latinoamericano existen las leyes contra la discriminación, e incluyen apartes sobre violencia física y protegen ciertas categorías, no se corre el riesgo de sufrir problemas similares a los que enfrentan las leyes contra los crímenes de odio en Estados Unidos.

Insisto en la necesidad de cuestionar y debatir la conveniencia de implementar leyes contra los crímenes de odio: en la mayoría de los casos, los derechos fundamentales consagrados en las constituciones, el sistema penal de los países y los convenios internacionales son herramientas suficientes para mirar estos casos; no parece necesario recurrir a legislaciones nuevas.

En este aparte haré un recuento del desarrollo y estado actual de la legislación contra la violencia por prejuicio sexual en América Latina. Empezaré con la presentación de la legislación existente y sus fuentes, y seguiré luego con una breve síntesis de lo más relevante que sobre este tipo de violencia han consignado

¹¹⁵ Para una discusión al respecto, consultar capítulo 1, “Actos ardientes y lenguaje ofensivo”, y capítulo 2, “Performativos soberanos”, en J. Butler, *Lenguaje, poder e identidad*, *op. cit.*

¹¹⁶ M. M. Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*, pp. 37-55.

los reportes de derechos humanos elaborados por algunos de los movimientos sociales LGBTQ de la región.

A. LEGISLACIÓN¹¹⁷

Las legislaciones latinoamericanas que protegen los derechos de la población LGBTQ son de dos tipos: las leyes antidiscriminación y la inclusión en éstas de la categoría de “orientación sexual” o de “identidad de género” como espacios de posible vulnerabilidad de los sujetos, y las leyes que explícitamente legislan sobre la violencia por orientación sexual. Ahora bien, además de la defensa de la población LGBTQ por medio de leyes incluidas en los códigos, hay casos en los que las constituciones, ya sean nacionales, federales o estatales, contemplan cláusulas de no discriminación. A continuación presentaré los países latinoamericanos que tienen algún tipo de legislación contra la violencia por prejuicio sexual o contra la discriminación por orientación sexual o identidad de género e incluyen violencia en sus apartes.

Países que cuentan con leyes contra los crímenes de odio

Uruguay

Uruguay es el único país de la región que tipifica la violencia por odio con penas determinadas y que protege las categorías de orientación e identidad sexual. El marco legislativo del país contempla dos leyes sobre el tema: la ley N° 17677, artículo 1: artículo 149 bis del 6 agosto del 2003: “Incitación al odio, desprecio o violencia o comisión de estos actos contra determinadas personas”. Esta ley modifica el artículo 149 bis de 1989 del Código penal, y establece pena privativa de la libertad de tres a dieciocho meses a quienes *inciten mediante cualquier medio público* a la violencia o al desprecio por odio y protege, entre otras, las categorías de orientación e identidad sexual. El artículo 2 de esta ley sustituye al 149 ter de 1989 por el 149 ter de 2003, y castiga los *actos de violencia moral o física* de odio o de desprecio con seis a veinticuatro meses de prisión. Las categorías de orientación sexual e identidad sexual son protegidas: la ley N° 17817 de 2004 *Lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación* como un ámbito

¹¹⁷ Documentos muy útiles dedicados a identificar el estado de la legislación relevante para las comunidades LGBTQ, y elaborados por la Internacional Lesbian and Gay Association (ILGA), son: Daniel Ottosson, comp., *LGBT World Legal Wrap up Survey*, Internacional Lesbian and Gay Association (ILGA), noviembre de 2006, y World Legal Survey, *Laws Prohibiting Discrimination Based on Sexual Orientation*, 2002. Disponibles en <http://www.ilga.org>.

de especial interés para el Estado, y por lo tanto legisla sobre mecanismos para llevar a cabo esta lucha.¹¹⁸

*Países que cuentan con leyes contra la discriminación*¹¹⁹

Perú

En diciembre del 2004 entró en vigencia la reforma al Código de procedimiento constitucional, reforma que reconoce el derecho a la no discriminación por orientación sexual, y que hace exigible la no discriminación mediante el recurso de amparo. El 31 de mayo del 2007, el movimiento LGBTQ peruano logró que el Partido Nacionalista Peruano (PNP), en su totalidad, apoyara y acogiera el anteproyecto de ley de no discriminación por orientación sexual e identidad de género. Aunque existe un Plan Nacional de Derechos Humanos para la defensa de las poblaciones LGBTQ, hasta la fecha, según los activistas, no se ha implementado. Por esta razón, las expectativas que ha generado esta iniciativa legislativa, que no sólo incluye la protección de la orientación sexual, sino también la de la identidad de género, son muy altas.¹²⁰

Además, el Código procesal constitucional peruano crea ciertos espacios de legitimación del debido proceso. Mediante la ley 28237 de 2004, título III, capítulo I, artículo 37, establece el derecho a la no discriminación e incluye la categoría de orientación sexual.¹²¹

¹¹⁸ Para tener acceso a las leyes, ver:

<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17677&Anchor>.

<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17817&Anchor>.

¹¹⁹ Brasil, con una sólida tradición de lucha contra este tipo de violencia, es, tristemente, el país de la región que registra el mayor número de ataques homofóbicos declarados. Le sigue México. No sabría decir si esta situación obedece, aparte de la contundente realidad de los eventos, a la conciencia de las víctimas sobre la necesidad de denunciar los ataques y a la publicidad de los activistas en las comunidades para generar solidaridad, grupos de apoyo y presión sobre la sociedad civil y el Estado para que actúen. En todo caso, y frente a otros temas de la legislación LGBTQ, algunas regiones de Brasil tienen leyes que reconocen las uniones civiles entre personas del mismo sexo, y otras regiones tienen leyes que garantizan ciertos beneficios a las uniones aunque no acepten el registro de la relación. En algunas de sus constituciones estatales (Segirpe y Mato Grosso) se incluye la orientación sexual como categoría protegida contra la discriminación.

Para un informe detallado sobre la situación legislativa y de violencia por prejuicio sexual en Brasil, ver S. Carrara y A. Vianna et al., *Lethal Violence against Homosexuals in Rio de Janeiro City: General Characteristics*, 2001. Disponible en <http://www.clam.org.br/pdf/lethalviolence.pdf>.

¹²⁰ La nota de prensa sobre el anteproyecto de ley está disponible en <http://www.clam.or.br>. Fue publicada el 29 de mayo del 2007.

¹²¹ El Código procesal constitucional está disponible en <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/PERU/CPC.PDF>.

México

Este país cuenta con dos documentos de marcada relevancia en la creación del delito de discriminación. Por una parte, el Código penal para el Distrito Federal, de Ciudad de México, establece en su título décimo, capítulo único, artículo 206, que la discriminación será castigada con pena privativa de la libertad y con multa o trabajo cívico. La orientación sexual está contemplada como categoría protegida, y el que “provoque o incite al odio o a la violencia” es castigado.¹²²

Por otra parte, existe la Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación —del 11 de junio del 2003—. Esta ley contempla mecanismos para la lucha efectiva contra la discriminación en una gran variedad de ámbitos. En su capítulo 1, “Disposiciones generales”, artículo 4, se establece para efectos de la ley la definición del concepto de discriminación; las “preferencias sexuales de las personas” es una de las categorías que esta ley protege.¹²³

Costa Rica

Costa Rica es un caso especial, pues su legislación contra la discriminación se encuentra enmarcada dentro de la ley general sobre VIH/SIDA (ley N° 7771). En el capítulo III de esta ley, la discriminación está contemplada como una contravención. Las penas van de veinte a sesenta días, multa o inhabilitación. La noción de discriminación sólo se establece en el contexto de la enfermedad, como determinante dominante. De esta manera, otros espacios de violación del derecho a la no discriminación pueden ser fácilmente excluidos de la aplicación de la ley.¹²⁴

Países que cuentan con artículos que legitiman la orientación sexual como categoría dentro del derecho a la igualdad

Argentina

La Constitución autónoma de la ciudad de Buenos Aires¹²⁵ incluye la categoría de orientación sexual bajo el derecho a la idéntica dignidad e igualdad ante la ley. La Constitución, en su Libro primero, Título primero, artículo 11, garantiza el derecho a ser diferente y a no ser discriminado por razones, entre otras,

¹²² El Código penal del Distrito Federal está disponible en <http://www.paot.org.mx/centro/codigos/df/pdf/cpdfn.pdf>.

¹²³ La ley federal está disponible en <http://www.consejomexicano.org.mx/documents/lfis.pdf>.

¹²⁴ La Ley general del VIH/SIDA está disponible en http://www.laccaso.org/pdfs/Rep_CostaRica.pdf.
http://www.pasca.org/cd/pasca/Dialogo/cr_ley.pdf.

¹²⁵ La Constitución de la ciudad de Buenos Aires está disponible en http://www.legislatura.gov.ar/1legisla/constcba.htm#_Toc405121810.

de orientación sexual. Además, mediante el decreto 1086 del 2005, Argentina aprobó el documento “Hacia un plan nacional contra la discriminación: la discriminación en Argentina, diagnóstico y propuestas”, en el que se afirma la necesidad de que el Estado tome medidas preventivas contra la violencia homofóbica.¹²⁶ Sin embargo, las leyes federales argentinas prohíben, por ejemplo, la participación en el ejército de personas que expresen abiertamente su pertenencia a las comunidades LGBTQ.¹²⁷

Ecuador

Ecuador contempla en su Constitución Nacional —capítulo 2: “De los derechos civiles”, artículo 23, numeral 3— la igualdad ante la ley, y consagra la orientación sexual como una categoría protegida.¹²⁸

Chile

En Chile no hay una ley contra la discriminación, aunque existe un proyecto de ley del 2006 que incluye la orientación sexual. Ni la Constitución ni el Código penal contemplan categorías protegidas. La Constitución política de 1980 —capítulo III, artículo 19, numeral 2— estipula la igualdad ante la ley, y sostiene que “En Chile no hay personas ni grupos privilegiados”. En Chile,¹²⁹ la edad de consenso para la formalización de relaciones entre personas del mismo sexo es mayor que la que el país exige en las relaciones heterosexuales.¹³⁰

Colombia

En Colombia no hay leyes específicas en contra de la discriminación. El reconocimiento de los derechos de las personas LGBTQ se ha logrado especialmente a través de tutelas y mediante sentencias de constitucionalidad que ha expedido la Corte Constitucional. Así, el artículo 13 de la Constitución y su interpretación constitucional equiparan “orientación sexual” y “sexo”, y varias sentencias de tutela aportan jurisprudencia. Además, existe la siguiente legislación:¹³¹

¹²⁶ “Se registra también la falta de medidas preventivas por parte del Estado cuando hay amenazas de muerte o llamados a la violencia homofóbica por parte de sectores conservadores.” En *Hacia un plan nacional contra la discriminación*, INADI, Buenos Aires, 2005, p. 168.

¹²⁷ D. Ottosson, comp., *LGBT World Legal Wrap Up Survey*, op. cit.

¹²⁸ La Constitución nacional de Ecuador se puede consultar en <http://www.ecuanex.net.ec/constitucion/titulo03.html>.

¹²⁹ Ver la Constitución de Chile en http://www.gobiernodechile.cl/constitucion/constitucion_politica.pdf.

¹³⁰ D. Ottosson (comp.), *LGBT World Legal Wrap Up Survey*, op. cit.

¹³¹ Esta recopilación fue hecha por Mauricio Albarracín, del Proyecto Colombia Diversa, en “Balance sobre violencia por homofobia en Colombia”, documento preparado para el Seminario

a. Artículo 58. Circunstancias de mayor punibilidad. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

b. [...] la ejecución de la conducta punible está inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión o las creencias, sexo u orientación sexual o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima.

c. Agravante especial del delito de desaparición forzada de personas. Código penal, artículo 268-B.

d. 4. Cuando la conducta se cometa, por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia.

e. El Concejo de la ciudad de Medellín, en junio del 2006, aprobó un acuerdo por el cual se crea “la política pública para la prevención y atención de las violencias sexuales que afectan a la ciudadanía, principalmente a mujeres, niñas y niños en la ciudad”. Las personas LGBT están incluidas entre los destinatarios de la política.

f. El Código de Policía de la ciudad de Bogotá contempla normas que fomentan el respeto por la orientación sexual de las personas. Impulsa además campañas educativas con miras a inculcar tolerancia y respeto por las personas LGBT.¹³²

Nicaragua

En Nicaragua la homosexualidad es considerada un delito. El Código penal nicaragüense —capítulo IX, artículo 204— prevé penas de entre uno y tres años para aquellos que cometan el delito de sodomía.

Internacional sobre Violencia por Homofobia, Universidad de los Andes, Bogotá, abril del 2007.

¹³² Para una revisión muy completa de la legislación relevante para las comunidades LGBT en Colombia, ver: “Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia”, Proyecto Colombia Diversa, Bogotá, 2005, disponible en <http://www.colombiadiversa.org>. El Código penal colombiano está disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/penal.html>, y la Constitución política de Colombia en http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/CONS_P91.HTM.

B. INFORMES DE DERECHOS HUMANOS LGBTQ EN ARGENTINA, CHILE, COLOMBIA, MÉXICO Y PERÚ

A continuación haré una breve presentación de los informes de derechos humanos en cinco países de América Latina. Todos aclaran que las estadísticas sobre violencia por homofobia pueden estar por debajo del nivel real, pues tanto los investigadores sobre violencia, como los medios, la policía e incluso las familias tienden a desconocer que estos actos violentos son motivados por homofobia. El propósito de este aparte es familiarizar a los interesados con el trabajo de las organizaciones y señalar fuentes para futuras investigaciones.

Argentina

El informe sobre derechos humanos de la comunidad LGBTQ en Argentina lo hace la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) desde 1998. Registra casos específicos de violación de derechos humanos, se concentra en homicidios y detenciones ilegales, así como en los avances sobre la visualización pública de este tipo de acciones y sobre la legislación en beneficio de la comunidad LGBTQ.

El primero de estos informes hace un recuento histórico de los casos de asesinatos por homofobia ocurridos desde principios de la década del ochenta. Se relacionan diecisiete asesinatos durante la dictadura militar, y además plantea la desaparición de cuatrocientas personas LGBTQ. El informe, además, registra 57 casos de asesinatos por homofobia entre los años 1990 y 1998. CHA produce un informe por año. El de 1999 da cuenta de siete casos de asesinatos por homofobia, el del 2000 registra cuatro casos, y el del 2001 tres. El informe del año 2002 documenta cinco casos de asesinatos de personas LGBTQ. Los diferentes informes documentan los casos a partir de noticias periodísticas, y aclaran que han de ser muchos los que no son reportados como crímenes de este tipo. Los informes no hacen seguimiento especial a la situación judicial de cada uno de los casos.¹³³

Chile

Un grupo variado de investigación del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) se ha encargado en los últimos cinco años de producir un informe anual sobre la situación de los derechos humanos de las minorías sexuales en Chile. Estos informes analizan la situación en materia de derechos humanos de la comunidad LGBTQ, y hacen el seguimiento de los casos de viola-

¹³³ Estos informes están disponibles en <http://www.cha.org.ar>.

ción de estos derechos y de casos representativos. El más reciente, del año 2006, publicado en febrero del 2007, hace un balance especial de la tendencia histórica que desde el primero de sus informes presentan los casos de discriminación por orientación sexual. Toman como casos de discriminación por orientación sexual desde episodios de discriminación en actividades culturales, políticas y sociales, hasta homicidios motivados por homofobia —por supuesto hacen la distinción pertinente—. MOVILH analiza y denuncia las circunstancias de los casos, y hace seguimiento al proceso judicial.

El informe del año 2002 se concentró, primordialmente, en las acciones de discriminación contra las personas LGBTQ. Ese año se reportaron 48 casos, entre ellos cinco homicidios, dos amenazas de muerte y catorce acciones violentas. En el año 2003 hubo un incremento notable frente al 2002: de 48 casos se pasó a 66. Aunque no se registró ningún caso de homicidio por homofobia, se reportaron doce casos de violencia física contra personas LGBTQ, cuatro de los cuales fueron cometidos por las fuerzas del Estado y ocho por civiles. En el 2004, según el informe, los casos de violación de derechos humanos volvieron a descender. Se registraron 46 casos, entre los cuales hubo dos de asesinato por homofobia, dos de acciones físicas violentas perpetradas por civiles y uno de acción física violenta a manos de miembros de las fuerzas del Estado. En el 2005 se reportaron 58 casos: ningún homicidio, pero en cambio, sí, nueve actos de violencia física todos cometidos por civiles.

El balance del año 2006, en materia de discriminación de la comunidad LGBTQ chilena, fue positivo: de los 58 casos de discriminación de todo tipo en el año 2005, se pasó a 49. De éstos, catorce fueron de violencia física. El informe hace un seguimiento especial a cada uno de los casos. En el 2006 se registraron dos casos de homicidio, uno por homofobia y otro por transfobia,¹³⁴ y doce casos de violencia física contra personas LGBTQ, de los cuales nueve fueron perpetrados por civiles y tres por miembros de las fuerzas del Estado.

El MOVILH, por otra parte, ha hecho avances notables en el campo jurídico y social: la despenalización de la sodomía en 1998, la reapertura del caso del incendio de la discoteca Divine en el 2003, la eliminación de las restricciones que recaían sobre los gays para donar sangre en los bancos públicos (2003), el triunfo del periódico *OpusGay* en una demanda entablada por la Prelatura del Opus Dei en el 2004, y la firma del gobierno chileno, en las Naciones Unidas, de una resolución que condena los crímenes por homofobia en el 2004.¹³⁵

¹³⁴ Esta distinción la hace el propio informe.

¹³⁵ Los informes de MOVILH se pueden consultar en <http://www.movilh.cl>.

Colombia

La ONG Colombia Diversa ha abanderado la defensa de los derechos de las personas LGBTQ en el país. Ha presentado dos reportes: “Voces excluidas” (2005), una revisión del sistema legal colombiano y de su relación con los derechos humanos de estas comunidades, y “Derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia en 2005” (2006), el primer informe de esta índole en el país. Este último hace una caracterización especial de los casos de violencia: entiende por ésta todas las manifestaciones de violencia física y moral contra la población LGBTQ en razón de su orientación sexual o identidad de género. El informe revisa los actos de violencia en tres dimensiones: el homicidio, la violencia por intolerancia y la violencia homofóbica en las fuerzas militares colombianas. La base de su investigación son las estadísticas del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y documentos periodísticos. El informe aclara que las cifras reales deben ser más altas, pues no se siguen procesos de documentación adecuados.

Sólo a partir del año 2000 se tienen estadísticas sobre homicidios por homofobia. Éstas han sido compiladas por el doctor Andrés Rodríguez, del Instituto de Medicina Legal, quien sospecha la ocurrencia de al menos sesenta casos de homicidios de hombres homosexuales en Bogotá entre el año 2000 y el 2005. El informe da cuenta del alto número de casos registrados a partir de ese año. El modus operandi de la mayoría de estos homicidios es similar. El informe, sin embargo, no hace una revisión de casos específicos ni de carácter nacional de los homicidios por homofobia en Colombia. Entre otras cosas porque la violencia por orientación sexual no está tipificada como delito, lo que hace que las autoridades competentes no lleven estadísticas localizadas y que los crímenes se clasifiquen bajo otros tipos.

Ahora bien, dada la situación de conflicto interno que vive el país, el informe define la violencia por intolerancia como “una forma de violencia ejercida por grupos armados contra personas o grupos de personas considerados por los victimarios como ‘problemáticos’ o no ‘deseados’ para la sociedad”. Es decir, el informe señala la pertinencia de revisar la situación de la comunidad LGBTQ en relación con los grupos armados, tanto los reconocidos del conflicto como los grupos de civiles. Analiza cinco casos de este tipo, no sin señalar la falta de estadísticas al respecto.

Finalmente, el informe se refiere a los casos de violencia homofóbica en las fuerzas armadas. Analiza un caso de abuso sexual a un soldado, motivado aparentemente por su condición de homosexual, y un caso de maltrato físico a otro soldado, también en razón de su orientación sexual. Colombia Diversa ha apelado a algunos recursos legales con el fin de que se actúe en estos casos.

Aclaran, sin embargo, que si bien las fuerzas militares colombianas no incluyen la categoría de orientación sexual en la instrucción que dan a sus miembros sobre derechos humanos, la Constitución de Colombia sí protege la participación de LGB en las fuerzas armadas.¹³⁶

Además de los informes de Colombia Diversa, en julio del 2006 la Corporación Promover Ciudadanía, de Bogotá, hizo una encuesta sobre la vulneración del derecho a la autonomía sexual en la ciudad. Encuestaron a 440 participantes durante la marcha gay en Bogotá.¹³⁷ Según los resultados, cerca del 25% de los encuestados fueron víctimas de violencia física por su orientación sexual, y un 21% fue objeto de violencia física por parte de la policía. Siete de cada diez habitantes de Bogotá reconocieron que les “molesta” ver demostraciones de afecto entre personas del mismo sexo.¹³⁸

México

La Comisión Ciudadana contra los Crímenes de Odio por Homofobia se ha encargado de hacer el informe sobre la violación de los derechos humanos de la población LGBTQ mexicana. Esta Comisión, resultado del trabajo conjunto de varios ciudadanos mexicanos con la ONG Letra S, tiene como principio de acción la defensa de los derechos humanos y sexuales de la población LGBTQ. La organización surge en torno a los crímenes de odio por homofobia. Si bien en México no están tipificados los crímenes de odio, la Comisión decide llamarlos así; es más, les da el nombre de ejecuciones. Su tarea se concentra exclusivamente en los actos que se pueden inscribir en esta categoría. Desde 1998, la Comisión produce informes a partir de un seguimiento hemerográfico que busca exponer a la luz las ejecuciones contra los miembros de estas comunidades. Entre 1998 y el 2004 se documentaron 332 ejecuciones homofóbicas demostradas, y 996 ejecuciones homofóbicas estimadas. Los informes aclaran que la metodología es hemerográfica, para documentar la existencia del fenómeno y documentar

¹³⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-507 de 1999, sentencia de constitucionalidad en razón de la demanda de inexecutable interpuesta por un ciudadano en relación con ciertos artículos del régimen disciplinario de las fuerzas militares; T-097 de 1994, acción de tutela interpuesta por un estudiante de la Escuela de Carabineros con el fin de que se le respetara su buen nombre y su derecho al debido proceso: con base en una acusación de mala conducta, en la que se presumía su homosexualidad, y se le acusaba por ello, fue expulsado de la Escuela. La Corte falla a su favor; y C-431 de 2004, sentencia de constitucionalidad en razón de la demanda de inexecutable de ciertos artículos del régimen disciplinario de las fuerzas militares interpuesta por una ciudadana.

¹³⁷ El resultado de la encuesta está disponible en <http://www.promoverciudadania.com>.

¹³⁸ Informe de prensa: “Una ciudad poco abierta a los gays”, en *El Tiempo*, domingo 19 de noviembre de 2006. Disponible en <http://www.eltiempo.terra.com>.

los casos con la información a su alcance, pero, sobre todo, porque las autoridades mexicanas encargadas de las investigaciones criminales sostienen que sólo los abogados y los familiares de las víctimas tienen interés jurídico en las investigaciones legales.

De acuerdo con estos informes, en México se producen al año, en promedio, 35 asesinatos por homofobia demostrados. Ese número es sólo una muestra de la situación real, pues no sólo no existe una metodología idónea para la documentación, y por lo tanto muchos casos pasan desapercibidos tanto para las autoridades como para los familiares de las víctimas, sino que además la homofobia social y cultural disuade a los familiares de luchar para que se haga justicia. En México se reportaron 38 casos de homicidio por homofobia en 1995; 42 en 1996; 37 en 1997; 47 en 1998; 26 en 1999; 24 en el 2000; 21 en el 2001; 40 en el 2002; 26 en el 2003 y 30 en el 2004. Los informes categorizan los casos teniendo en cuenta el año en el que se produjeron, la ciudad o el estado, el género de las víctimas, su edad, la forma como murieron y el lugar en el que fueron encontradas. En México, como en otros países de la región, las autoridades toman la mayoría de estos casos como crímenes “pasionales”. En consecuencia, el desarrollo de la investigación se desvía, y la posibilidad de reconocer y sacar a la luz las características propias de estos crímenes se pierde.¹³⁹

Perú

El informe sobre derechos humanos de la comunidad LGBTQ peruana lo realiza el Movimiento Homosexual de Lima (MHOL). El informe anual del 2005, “Situación de los derechos humanos de lesbianas, trans, gays y bisexuales del Perú”, se ocupa de la denuncia de los casos de violencia física contra miembros de la comunidad LGBTQ, y de evidenciar las circunstancias especiales que motivan la discriminación. Los primeros dos capítulos del informe ofrecen un recuento de los crímenes por homofobia, entendiendo por éste todo tipo de violación de los derechos humanos de estas comunidades, desde la violencia verbal hasta el homicidio. En un apartado, incluso, se refieren de manera específica a los crímenes de odio.

Los casos que el informe asume como crímenes de odio son documentados y analizados. La fuente con base en la cual se trabaja para identificar los casos es periodística. El informe hace referencia a los casos ocurridos en el 2004 y en el 2005, y señala, como lo hacen otros informes de la región, que el número de casos puede ser mayor. Las razones que aducen son las mismas: ni los medios,

¹³⁹ Para una información más amplia, ver <http://www.letraese.org.mx/contracrímenes.htm>; <http://www.ilga.org/news>; <http://www.cesarsalgado.net/200306/030606.htm>.

ni el ámbito legal, ni los familiares de las víctimas reconocen estos actos como motivados por homofobia o transfobia. Dos casos de homicidios de personas transgénero fueron reportados como crímenes de odio en el 2004. El informe documenta los hechos y da cuenta de las acciones jurídicas que se han tomado al respecto. En el año 2005 se presentaron catorce casos de homicidios por homofobia que el informe documenta; cuando lo considera pertinente, se refiere a los avances legales y de la investigación. El informe señala, sin embargo, que por cada uno de los casos apropiadamente documentados, puede haber cuatro que no lo son. Así, los casos de homicidio por homofobia en el Perú podrían ascender a setenta. El informe reporta algunos casos de violencia física y discriminación por homofobia contra LGBTQ, pero no hace una estadística de ellos.¹⁴⁰

IV. ANÁLISIS DE CASOS

Si bien, como se ha visto, la legislación contra la violencia por prejuicio en América Latina es relativamente pobre, el trabajo de las organizaciones LGBTQ de derechos humanos es cuidadoso e importante; lo son también algunos debates jurisprudenciales y decisiones judiciales, que ya empiezan a arrojar luces sobre el asunto. Aunque identificar los casos legales que tratan la violencia por homofobia en la región no es tarea fácil —vale la pena anotar que parte del problema que enfrentan los investigadores es la incomunicación regional, problema que este volumen trata de reducir—, en ausencia de leyes específicas contra la violencia por odio resulta interesante revisar el tratamiento jurídico que se da o no se da a las conductas que tienen que ver con sexualidades diversas o no normativas. Revisaremos entonces algunos fallos y también ciertos casos que no llegaron a las cortes pero que los reportes de las organizaciones denunciaron. Para su análisis propongo tener en cuenta tres problemas en particular: el encubrimiento o camuflaje y en consecuencia la invisibilidad de los motivos homofóbicos involucrados en los gestos violentos; la recurrencia a atenuantes como la ira e intenso dolor y su relación con la “cortina de humo” de los crímenes pasionales y las tensiones entre lo privado y lo público frente a expresiones de sexualidades diversas. Muchos de los problemas que se encontraron son similares a los del caso estadounidense, sobre todo en relación con la clasificación de los casos (la distinción entre crimen simbólico e instrumental), la discrecionalidad de los funcionarios en la aplicación de la ley, el abuso policial y la victimización secundaria.

¹⁴⁰ Para acceder al informe y a una mayor información, ver <http://www.mhol.org.pe>.

A. PRIMER PROBLEMA: INVISIBILIDAD

Por invisibilidad se entiende aquí no sólo “lo que no se puede ver”, sino aquello que es ignorado o camuflado por ignorancia o con plena conciencia. La invisibilidad de la violencia por prejuicio ha sido una constante en América Latina. No es gratuito que el interés principal de todas las organizaciones LGBTQ se oriente metodológicamente a hacer un diagnóstico y a recopilar información para en primera instancia mostrar que el fenómeno existe. Las razones de esta invisibilidad son múltiples y se pueden reconocer en la dificultad para identificar casos jurídicos concretos, esto en parte porque este crimen no está tipificado, porque la policía se resiste a identificarlo como tal, o porque es señalado de inmediato como crimen pasional, y en parte por el miedo de las víctimas a reportar los ataques y exponerse a la “victimización secundaria”. Pero quizás la fuente más relevante de la invisibilidad o del exceso de visibilidad sea el uso discrecional que hacen los agentes del Estado y los operadores jurídicos de la noción de identidad de género u orientación sexual cuando identifican los casos, hacen las diligencias y emiten los fallos.

Los casos y fallos que se presentan a continuación ilustran estas tensiones. Divido el problema de la invisibilidad en tres asuntos: el papel de la policía y de los fiscales en la identificación de los casos, la victimización secundaria o doble victimización y la discrecionalidad en el uso de las categorías de orientación sexual o identidad de género.

El papel de la policía y los fiscales en la identificación de los casos

Su participación informada es fundamental porque son el primer organismo estatal que tiene acceso a los eventos. Su desinformación o su actitud prejuiciada impide que se reconozca el componente homofóbico del incidente, hace que se clasifique sin mayor investigación —un asesinato, por ejemplo, entra sin más en la categoría de crimen pasional, y así el análisis del incidente se concentra en los aspectos emocionales entre parejas—, propicia negligencia o miopía en la recuperación de la evidencia y, por lo tanto, la reducción o desaparición de las pruebas sobre el potencial carácter homofóbico del evento. De ahí la dificultad a la hora de procesar los crímenes adecuadamente y, sobre todo, de hacer un diagnóstico de la situación social frente a la violencia por homofobia.

Nota de prensa
**“Coincidencias en muertes de homosexuales en Bogotá
hacen sospechar de asesino en serie”**
Diario *El Tiempo*, 10 de junio de 2006, Bogotá

Problema jurídico

¿Cómo articular tipos penales que posibiliten una identificación precisa de las conductas violentas motivadas por prejuicio sexual, teniendo en cuenta que los móviles suelen combinar aspectos instrumentales y simbólicos?

Extractos

En el año 2007 se registraron al menos ocho casos con un patrón similar: las víctimas eran hombres gay, mayores de 40 años y económicamente estables. Todos fueron atacados en su residencia. Sus cuerpos se encontraban desnudos. La mayoría de homicidios ocurrieron en la localidad de Chapinero. La causa de las muertes fue estrangulamiento con ligadura, con señales también de otras lesiones.

El médico Andrés Rodríguez, del Instituto de Medicina Legal, se dedicó a estudiar esta situación. Su interés nació cuando preparaba su trabajo de grado como médico forense en la Universidad Nacional, trabajo que se ocupó del homicidio por asfixia mecánica en Bogotá.

Al analizar los casos descubrió que la gran mayoría de las víctimas eran homosexuales. “Me llamó la atención, y empecé a averiguar qué otras cosas había en común”, dice el doctor Rodríguez.

Según sus cálculos, más de sesenta homosexuales han sido asesinados entre el 2000 y el día de hoy. Las conclusiones del médico muestran que hay patrones que se repiten: “Estrangulamiento con ligadura —específica Rodríguez—. Emplean algún elemento que comprima; el más usual en estos casos ha sido el cable eléctrico”.

De acuerdo con las actas a las que él tiene acceso por su labor como forense, casi siempre hay testigos que afirman haber visto a la víctima entrar con uno o dos jóvenes a sus residencias. Quedan huellas; también del uso de alcohol o de drogas.

“Suele plantearse el robo como móvil. Pero pienso que si hay algún hurto es algo oportunista, no la intención principal”. Andrés Rodríguez tiene razones para afirmar que si se tratara sólo de robos, ¿por qué asesinarlos de manera tan violenta? Las víctimas sufren un número de lesiones mayor que el necesario para quitarles la vida. Además de la asfixia, son atacados con arma blanca, o reciben golpes con objetos contundentes.

Las zonas del corazón y el cuello son las más atacadas. “Y éstas tienen mucha representación pasional —dice Rodríguez—. ¿Por qué todos estos ataques si el objetivo fuera robar un apartamento?”

—¿La repetición de métodos lo lleva a pensar que la autoría puede recaer en una sola persona o en una banda?

—No puedo decir que una persona sea la responsable de todos estos homicidios, pero sí es posible que haya una reincidencia. Que una persona o banda haya actuado en varios casos —dice el doctor.

La muerte del dueño de La Pantera Roja

—Él no oye eso, sólo le gustan las baladas —les dijo Albeiro Zabala a los policías que esperaban que alguien atendiera por fin en el apartamento de Félix Rodríguez, en la calle 45 arriba de la carrera 13.

—Algo le pasó. Rompamos la puerta —insistió.

—¿Y si sólo está dormido?

Zabala los convenció y terminaron por forzar la puerta. Félix Rodríguez, propietario de uno de los bares gay más antiguos de Bogotá, La Pantera Roja, no estaba dormido. En su cama, desnudo, una almohada le cubría el rostro. Estaba muerto.

[...]

“Lo estrangularon. Además lo golpearon en la cabeza con una piedra que dejaron ahí”.

—¿Lo robaron?

—Se llevaron su anillo, y parece que algo de plata que tenía en efectivo. No más.

[...]

Crímenes en el clóset

[...]

Lo que más preocupa al médico [Andrés Rodríguez] es que las autoridades no parecen darle a la situación la atención suficiente. “Es un grupo vulnerable, y el que tengan conductas homosexuales no justifica que los maten”, dice Rodríguez. Incluso ha percibido un sesgo en la actitud de algunos investigadores. “Como que dicen: ellos se lo buscaron por andar en ésas”.

[...]

Crímenes en el clóset. Así definen estas muertes en un documento que prepara Colombia Diversa. Son muertes que quedan guardadas porque no están bien investigadas o porque la gente no las denuncia por temor a salir a la luz pública. “Lo que demandamos de las autoridades es un registro para demostrar que esto está sucediendo”, dice Marcela Sánchez.¹⁴¹

¹⁴¹ Ver http://eltiempo.terra.com.co/judi/2006-06-11/ARTICULO-WEB-_NOTA_INTERIOR-2941878.html.

Cuestiones a debatir

El motivo del ataque se suele confundir. Si por ejemplo hay hurto, el motivo se puede identificar como tal —crimen instrumental— y se deja de lado el componente —simbólico— homofóbico. Lo que hace sospechar que el hurto no sea el único motivo, señala el forense, es la excesiva brutalidad de los crímenes. Investigadores de diferentes sociedades coinciden con esta percepción. ¿Cómo valorar la desproporción entre el motivo y la forma del crimen?

El médico forense Andrés Rodríguez señala que suele toparse con marcadas deficiencias en la recuperación que la policía hace de la evidencia, y con la resistencia de la mayoría de los fiscales para reconocer al prejuicio sexual como la motivación de los casos. Rodríguez subraya la importancia de determinar un patrón en los incidentes: en su investigación encuentra similitudes en cuanto al sector de la ciudad en el que se cometen los hechos; la asfixia y heridas con arma blanca como causas de la muerte; la edad y la condición económica de las víctimas. De los sesenta casos de homicidio que el médico forense Andrés Rodríguez ha revisado en su laboratorio, presumiblemente motivados por homofobia, sólo aproximadamente quince procesos se encuentran en proceso en fiscalías de la ciudad. No fue posible acceder a los expedientes por la reserva del sumario. Sin embargo, en el caso del homicidio de Félix Rodríguez, dueño de La Pantera Roja, el culpable ya fue juzgado y condenado a diecisiete años y cuatro meses de prisión. El individuo se acogió a sentencia anticipada. En otros casos de violencia por prejuicio sexual sólo tuvimos acceso a las sentencias de primera o segunda instancia mediante derechos de petición. Hubo demoras y papeleos. Fueron necesarias llamadas telefónicas y largas visitas a los secretarios de los juzgados. Y combatir la frustración, porque para lograr acceder por fin a los expedientes hace falta un interés muy especial en los procesos. Esta situación, cabe aclararlo, no se extiende a las altas cortes, en las que la información está sistematizada y disponible en bases de datos.

En cuanto a los perpetradores, vale la pena llamar la atención sobre el título del artículo de prensa. Éste alude a un potencial asesino en serie. Aunque no es posible dar una mayor información al respecto, y admitiendo la posibilidad de que la alusión del título sea cierta, creo pertinente plantear como una “cuestión a debatir” la tendencia que percibe a los perpetradores de este tipo de violencia como individuos con “alteraciones mentales”. Esta tendencia parece ir en contravía de la experiencia que arrojan los casos estudiados en los Estados Unidos. La aclaración es importante, pues subraya la necesidad de tener en cuenta el carácter social del prejuicio y los contextos en los que los perpetradores legitiman sus conductas violentas. Una sociedad cuyas manifestaciones culturales, decisiones jurídicas, medios de comunicación, discursos políticos y

leyes tienen gestos homofóbicos, es una sociedad que produce y reproduce de manera constante el contexto que da cabida a la violencia y en el que esta violencia articula sus mensajes. Los perpetradores, entonces, tienden a creer que sus actos contribuyen a preservar el orden del mundo —el de la heterosexualidad como regla, por ejemplo—, un orden para ellos natural y necesario y frente al cual las sexualidades no normativas representan una amenaza. Es importante señalar que los agentes de la violencia por prejuicio tienden a ser ciudadanos comunes que se sienten vulnerados por la diferencia. Es fundamental investigar este asunto en América Latina, y la recomendación es que cualquier iniciativa que se emprenda en este sentido tenga en cuenta factores como la raza, las clases sociales, el género, el origen nacional y la edad, y se atienda a la forma como éstos se entrecruzan con la orientación sexual y la identidad de género.

La recomendación obedece al imperativo de determinar con claridad los motivos de los incidentes violentos, especialmente de aquellos que son voluntarios y efectiva o potencialmente letales, y así identificar los factores de prejuicio y de mayor riesgo en cada sociedad. El rol del motivo propicia un debate interesante. Aunque en la dogmática este rol es relevante como un factor de mayor punibilidad, pierde peso a la hora de establecer la responsabilidad. Así lo señala la Sala Penal de la Corte Suprema de Colombia:

[...] es de advertirse que la ley no exige que para que se configure la responsabilidad en el delito de homicidio voluntario se pruebe el fin específico que se persigue con la conducta de ocasionar la muerte ajena, o el motivo que se tuvo para haber procedido de la aludida manera, sino sólo que voluntariamente se haya actuado con conocimiento de la ilicitud.¹⁴²

Si la dogmática penal no exige establecer el motivo de la acción para determinar la responsabilidad, y basta con probar la voluntad de cometer el ilícito, se puede perder de vista la importancia sociojurídica de indagar el motivo. Indagación que da las claves sobre la situación social de los prejuicios, además de ayudar a determinar el factor de mayor o menor punibilidad de los ilícitos. Otros puntos que el artículo de prensa señala —de ellos me ocuparé en los numerales que siguen— son el miedo a la victimización secundaria y la clasificación de los crímenes como crímenes de pasión.

¹⁴² Proceso N° 11829. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Magistrado ponente: doctor Fernando Arboleda Ripoll. Aprobado Acta N° 038, Bogotá, D. C., 4 de abril de 2002.

Preguntas

1. ¿Cuáles son los posibles indicadores de prejuicio sexual en la comisión del crimen?
2. ¿Es importante tener en cuenta los grados de brutalidad del crimen para establecer sus motivos?
3. ¿Cómo determinar esta gradación?
4. ¿Se debe obligar al Estado por ley a que lleve estadísticas y hacer que tal obligación recaiga en la policía?
5. ¿Con qué tipo de entrenamiento deben contar los miembros de esta institución para mejorar su aproximación a estos casos?
6. ¿Qué medidas se deben tomar para afianzar la relación entre la policía, medicina legal, fiscales y jueces, y así lograr una eficaz identificación de patrones sobre víctimas, perpetradores y, sobre todo, de los tipos de crímenes que se ven afectados por factores de mayor punibilidad o por atenuantes?
7. ¿Cuando fiscales y jueces emiten sus fallos tienen una responsabilidad simbólica? ¿O sus decisiones son sobre todo de eficacia instrumental?

Victimización secundaria o doble victimización

Pocos asuntos son tan problemáticos para las víctimas de violencia por prejuicio sexual como el miedo a la victimización secundaria a manos de agentes del Estado. Esto es, el miedo de las víctimas a verse estigmatizadas, expuestas, abrumadas con la carga de la prueba cuando están más vulnerables y requieren con urgencia que se les garanticen sus derechos. La victimización secundaria suele presentarse con inusitada frecuencia en casos de violación de mujeres, de violencia contra hombres gay, lesbianas y transgeneristas. Presenta varios registros: cuando impera la noción de que la víctima “se buscó” la agresión, es decir, que los perpetradores fueron “provocados” por las víctimas —por ejemplo, por la forma de vestir, por transitar por ciertas calles o a ciertas horas, por tener ciertos comportamientos o prácticas—; en la intromisión de los agentes del Estado en el cuerpo o en la intimidad de las víctimas para obtener pruebas de los hechos —por ejemplo de una violación, y cuando se hace uso de los discursos médicos y psicológicos sobre las sexualidades diversas o no normativas para justificar “tratamientos” destinados a la patologización o a la conversión. Veamos ejemplos.

Nota de prensa
“Móviles pasionales tras crimen de profesor universitario cubano”
Diario *El Tiempo*, 25 de febrero de 2007, Bogotá

El Comandante de la Policía de Bolívar asegura que el homicida entró a la vivienda en donde ocurrió el hecho con el consentimiento de la víctima, Rolando Pérez de 43 años. “Toda la prueba que se ha recopilado y las informaciones que hemos verificado por parte de la Policía Judicial [...] indican que los móviles fueron absolutamente pasionales por cuanto este ciudadano llevaba una vida desordenada, era promiscuo y, en su condición de homosexual, tenía varias personas como pareja”, aseguró el coronel Carlos Mena Bravo. El cuerpo fue encontrado la mañana del sábado en un apartamento del barrio Torices, donde Pérez vivía. Tenía varios golpes en la cabeza, al parecer, con martillo. Ya presentaba signos de descomposición, por lo que se presume que su muerte ocurrió entre jueves y viernes. Según reiteró el coronel Mena, el autor del crimen ingresó a la habitación de Pérez con pleno consentimiento de éste, ya que no fue violentada la seguridad ni se extravió ninguna pertenencia del ciudadano cubano. En cuanto a la identidad del agresor, el oficial dijo que se estaban evaluando informaciones “importantes” a partir de entrevistas a personas allegadas a él, “precisamente, compañeros de él, homosexuales”, puntualizó.¹⁴³

Tribunal Regional de Derechos Sociales y Culturales de las Mujeres
Lima, julio de 2005¹⁴⁴

Problemas jurídicos

¿El confinamiento de una persona de manera involuntaria en una clínica para ser sometida a “tratamiento” para su “rehabilitación” por comportamientos no hetero-

¹⁴³ *El Tiempo* (25 de febrero de 2007). Sobre la investigación del asesinato del profesor universitario y periodista Rolando Pérez en Cartagena, Colombia, ver <http://www.eltiempo.com>. Colombia Diversa pudo establecer que el señor Pérez era un reconocido comunicador social, profesor universitario y con un importante trabajo comunitario en la ciudad de Cartagena. Personas allegadas a la víctima aseguran que en el proceso de investigación hubo irregularidades, entre ellas el trato prejuicioso y discriminatorio en razón de la orientación sexual de la víctima.

¹⁴⁴ *Memoria del Tribunal Regional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres*. Consorcio regional: Coordinadora de la Mujer (Bolivia), Corporación Casa de la Mujer e Ilsa, (Colombia), Demus (Perú), ELA (Argentina), Corporación Humanas (Chile), Corporación Promoción de la Mujer/Taller Comunicación Mujer (Ecuador). Coordinado por: Corporación Promoción de la Mujer/Taller Comunicación Mujer. Auspiciado por: Hivos, Novib, Oxfam y Unifem-Región Andina. Lima, 15 de julio del 2005. Este caso es paradigmático porque es uno de los pocos relacionados con mujeres lesbianas que ha sido denunciado y hecho público en la región (con consentimiento de la persona involucrada). La denuncia fue hecha por la Fundación Causana del Ecuador ante el Tribunal Nacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) y ante el Tribunal Regional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres.

sexuales viola los derechos a la igualdad, a la integridad física, a la salud, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad? ¿Pueden dichos “tratamientos” configurar tratos crueles, inhumanos y degradantes? ¿Se compromete la responsabilidad del Estado por permitir dichas situaciones?

Hechos

A. nació en Manta, Ecuador, y a los 24 años se fue a vivir a Quito. Después de terminar su carrera no quiso volver a su ciudad de origen, con sus padres. Decidió quedarse a vivir con su pareja. Pasados cinco años, su familia se enteró de que A. se definía a sí misma como lesbiana, e hizo arreglos para internarla, en contra de su voluntad, en una clínica de rehabilitación privada. Un día, estando en esa clínica, en la que sin saberlo se quedaría —allí asistía regularmente a terapia porque había tenido problemas con el alcohol—, le comunicaron que su padre había decidido que permaneciera por un tiempo. Al principio pensó que la razón de esa intervención era su problema de alcoholismo. Estuvo reclusa cuatro meses y medio, y la causa fundamental del “tratamiento” era en realidad su lesbianismo. Durante su reclusión sufrió torturas físicas y psicológicas, con la complicidad de la familia y del Estado: activa la de la primera, por omisión la del segundo —no controla el funcionamiento de esta clase de instituciones.

Decisión

El veredicto del Tribunal reconoce que A. fue objeto de tratos crueles, inhumanos y degradantes; que fue discriminada por su orientación sexual, que fue privada arbitrariamente de su libertad, y que también se violó su salud física y psicológica. El Tribunal responsabilizó al Estado, por acción y omisión.

Extractos del relato de A.

Mi hermana me puso un detective que comenzó a averiguar lo que yo hacía y pensó que debido a mi problema de alcohol, me estaba volviendo loca y me estaba desviando. Regresé a Manta y quise contarle a mi familia de mi inclinación. Mi hermana decidió que tenía que meterme en una clínica de rehabilitación. Habló con mis padres, que tenían la potestad de declararme incapacitada mental, y me internaron en una clínica donde pasé cuatro meses y medio. Normalmente el tratamiento es de [tres] meses, porque insistía en que era lesbiana y que no iba a cambiar eso. Ellos convencieron a mi familia [de] que mi problema era el alcohol y por eso insistía en que era lesbiana [...] En la clínica me gritaban, se burlaban de mí.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Este fragmento del caso está citado en la carta de Silvana Sánchez Pinto, coordinadora de CLADEM-Ecuador, a Rosario Utreras, Directora Nacional de Defensa de los Derechos de las Mujeres, la Niñez y la Adolescencia de la Defensoría del Pueblo del Ecuador. Quito, 8 de junio de 2005.

Los dos primeros meses afirmé que era lesbiana. Al principio no me decían nada porque supuestamente, según les decían a mis padres, yo estaba en negación. Luego empezaron a presionarme: que era muy femenina, que las lesbianas solamente son como hombres, o quieren ser hombres y que yo era muy femenina para serlo. Yo en vano traté siempre de explicar que no quería adoptar personalidad masculina, sino que simplemente las mujeres eran mi preferencia [...] Los terapeutas les decían a mis compañeros que tenían que presionarme. Muchos me decían “mira, yo tuve una experiencia con un hombre, pero eso no significa que yo sea homosexual. Lo que pasa es que tú te confundes cuando tomas, y por eso es que tú estás con mujeres, pero tú no eres lesbiana [...]”, o “si tú fueras amiga de mis hijas les prohíbo que anden contigo” [...] Me hacían parar al frente y me humillaban [...] Los dos primeros meses fueron durísimos, porque siempre me gritaban, y me hacían avergonzar [...] “A., la lesbiana, la que le gustan las mujeres, la que no quiere cambiar, la que quiere hundir su vida”, “cuando rezas le has de rezar al diablo porque a Dios no le gustan esas cosas” [...] En la clínica hacían terapias llamadas “maratónicas” y se las cogían conmigo porque siempre me hacían hablar. Éstas empezaban a las 8 o 9 p.m. y terminaban a las 3 o 4 a.m. Al que se dormía le tiraban agua para que no se durmiera [...] Después de tanta presión psicológica intenté comunicarme con mi pareja, le pedí ayuda a mi amigo gay, que logró escaparse de la clínica una noche, él llamó a mi novia, se enteraron y me castigaron. Me dijeron: “Si quieres escaparte, es porque sigues en negación”. “[Se] pusieron de acuerdo para sacarme, ella llegó hasta la clínica [...] Pero algo hicieron mal, no sé cómo, la clínica se [atreve a] decir que no estás avanzando en la terapia”. Me encadenaron los pies [...] Dormía con las cadenas, eran unas cadenas gruesas, era tan humillante, imagínate caminar así, subir escaleras con esas cadenas [...] Los terapeutas me decían: “esas cadenas se pueden sacar, pero de las que tienes que liberarte son las cadenas de tu mente”. Sólo me quitaron las cadenas cuando confesé que sí la conocía, que ella era mi pareja [...], o sea cuando me quebré [...] Me hicieron poner tres días seguidos un vestido de una de las compañeras que era trabajadora sexual —un vestido sumamente pegado al cuerpo y muy corto, según su terapia para analizar mi comportamiento—. Me hicieron usarlo por [tres] días durante las terapias, y los terapeutas me decían: “estos días tus compañeros se van a masturbar en tu nombre viéndote así” [...] Cuando dije: “¡Me quitan este vestido, no quiero [...] esto es un abuso”, comencé a gritar y a llorarles. Y ellos me contestaron a gritos: “Tú aquí no puedes decir nada, tú tienes que aceptar todo lo que se diga aquí, así que tú vas a estar con ese vestido y punto”. Los terapeutas incitaron a un compañero a que me acose [...], y me dijo: “yo puedo hacerte el amor, tú vas a saber lo que es una penetración [...], si tú estas conmigo, estoy seguro de que te van a gustar los hombres”, y eso era tan asqueroso [...] Yo lloraba [...] fue horrible [...] Todos los días era igual, todo el tiempo eran muchas las miradas sobre mí, sobre cómo yo actuaba, qué hacía, qué decía, hasta

lo que pensaba, porque si me veían retraída me gritaban y me hacían decir lo que estaba pensando [...] Me dijeron que “yo era una asesina con mi mamá”. “Mira a tu mamá como sufre, ¡cambia!”. Entonces, vieron mi debilidad, porque yo adoro a mi familia, y me hicieron sentir que les hacía daño. Ahí dentro yo no tenía personalidad, no tenía decisión, ya no sabía qué hacer. Lo raro fue que ya después, por el cuarto mes, yo me sentí así, como si de verdad quisiera cambiar, que no quería ser lesbiana. Creo que ya me habían lavado el cerebro.¹⁴⁶

Extractos de la demanda

Hechos violatorios de derechos

Denunciamos ante este Tribunal que varias mujeres lesbianas en relaciones de dependencia de núcleos familiares tradicionales, han sido internadas contra su voluntad en clínicas privadas de distintas regiones del Ecuador; principalmente en la Costa. Las referidas clínicas ofrecen de manera discreta y discrecional, terapias de “rehabilitación” o “cura de la homosexualidad”; y tienen el cuidado suficiente de no hacer mención de esas terapias en los contratos que suscriben con las pacientes o sus representantes.

Quienes deciden someter a estas mujeres a terapia son miembros de la familia que ejercen poder [en] su interior; en especial, el padre y la madre. El internamiento suele violar, en primera instancia, los derechos a la integridad física y a la libertad, pues, luego de decidir un tratamiento médico por sobre la voluntad de las mujeres, se procede a internarlas en las clínicas haciendo uso de la fuerza física. Los métodos que dichas instituciones utilizan en sus tratamientos continúan violando derechos civiles básicos, llegando incluso a configurar tortura, trato cruel, inhumano y degradante, a la luz de las normas internacionales vigentes en el Ecuador.

Es preciso que el Tribunal conozca que el internamiento y tratamiento al que estas mujeres son sometidas constituye violación de varios derechos civiles, sociales y culturales. Se violan los derechos al libre desarrollo de la personalidad, y en particular la libre expresión de la identidad sexual, la igualdad ante la ley, y en particular la igualdad de oportunidades entre miembros de la familia. Se viola, además, el derecho a una atención médica brindada en condiciones que el sujeto la requiera y que no se la impongan arbitrariamente; condiciones de oportunidad, de consentimiento informado, de respeto a la autonomía sexual y a la diversidad, en virtud de las cuales se propenda a ese estado de bienestar físico, sexual y psicológico que constituye el contenido de un derecho a la salud integralmente definido a la luz de las normas y doctrina internacionales.

¹⁴⁶ *Memoria del Tribunal Regional por los Derechos Económicos, Sociales Culturales de las Mujeres*, op. cit., pp. 129-132.

Finalmente, es necesario que el Tribunal conozca que son varios los responsables por violación de derechos en este caso: quienes han ejecutado o han coadyuvado a la ejecución de las violaciones, por un lado, y el Estado ecuatoriano, por otro, en cuanto ha incumplido, y continúa incumpliendo por omisión, sus deberes constitucionales y supra legales de garantía de los derechos, prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones.

Análisis de las violaciones

[...]

Las violaciones sufridas por ellas han traspasado el umbral de la privacidad. Este umbral existe porque la condición de ser lesbianas, sus experiencias y prácticas sexuales suelen ocurrir en lo “privado”, e incluso las violaciones de derechos se producen en este ámbito. Detrás de dicho umbral, sin embargo, la situación descrita ante el Tribunal no constituye un caso singular o excepcional, sino que es común a muchas mujeres lesbianas.

Es importante denunciar ante el Tribunal cómo a través de prácticas sociales arraigadas en la cultura se normaliza la violación de derechos de las lesbianas o se disminuye su capacidad de exigibilidad. En el caso juega un papel esencial la jerarquía patriarcal al interior de la familia y uno de sus aspectos en particular: el control histórico sobre la sexualidad femenina por parte de los hombres que ejercen el poder en la familia; especialmente el esposo o el padre. Este elemento ayuda a explicar la naturalidad con la que el Estado ecuatoriano incurre en omisión ante las violaciones tan flagrantes del caso.

El control sobre la sexualidad de las mujeres toma formas particularmente agresivas —formas de violencia explícita que en ocasiones llegan a configurar tortura— cuando se verifica una orientación sexual disidente, como es el lesbianismo, en una hija de familia; lo que equivale a verificar que la hija —en la concepción de la madre y el padre— “se les ha ido de las manos”.

La jerarquía patriarcal, igualmente, se asienta en un orden heterosexual específico, en el que existe estricta correspondencia entre el sexo biológico y el género, y entre los roles de género y las conductas y prácticas sexuales. En este orden es fundamental la consagración de la sexualidad al ámbito privado. Por lo tanto, la cultura ecuatoriana sólo admite que ciertas manifestaciones de (hetero) sexualidad, como el matrimonio, trasciendan al ámbito público. Esto suele reducir la práctica e identidad lésbicas, a un ocultamiento en el ámbito privado; en la familia, en la clínica y en el contrato privado y discrecional celebrado entre la primera y la segunda.

Es sustancial señalar que cuando la familia o la sociedad perciben la amenaza de que la identidad lésbica pueda proyectarse en los niveles públicos que no le están permitidos, varios discursos se activan para reprochar tal aparición pública: el del mal ejemplo, el del pecado, el de la deshonra familiar; y, especialmente relevante al

caso que estamos denunciando, el de la patologización de las prácticas lésbicas, las conductas y la identidad misma.

A nivel social, es evidente que la patologización resta poder a las lesbianas en la medida en que deslegitima sus actuaciones [...]

De la misma manera, a nivel jurídico, el efecto de la patologización es restricción o privación de la capacidad formal de ejercer derechos. Este efecto merece especial atención del Tribunal a la hora de efectuar un análisis crítico de violaciones de derechos sufridas por sujetos tradicionalmente al margen de los estilos de vida dominantes, como son las lesbianas. Este efecto da cuenta de la vigencia de otros discursos que tienen que ver con el tratamiento de las y los “diferentes” al interior de una sociedad, y que están presentes en las normas jurídicas, sobre todo las civiles y penales.

Ciertamente, no hay norma positiva vigente en el Ecuador que establezca restricción de derechos, o de la capacidad de ejercicio de los mismos, por parte de las mujeres lesbianas, como sí la hubo respecto de las meretrices, o de las mujeres casadas en pasadas legislaciones. Sin embargo, el imaginario extra-jurídico de la patología consigue tocar la esfera jurídica, no ya en la vigencia de normas discriminatorias, sino en una ausencia de normas garantistas que acarrea falta de exigibilidad.

Como se desprende del caso, ni los terceros involucrados directamente en las violaciones, ni los familiares, ni el Estado mismo (este último ni en el caso concreto ni en general), legitiman la experiencia de las jóvenes lesbianas: su verdad personal, su proyecto de vida y sus demandas son anuladas, la afirmación hecha a gritos de que sus derechos están siendo violentados es sojuzgada, y su existencia misma como sujetos de derecho es deslegitimada.

Al concluir esta parte del análisis, haremos notar al Tribunal que el confinamiento de lesbianas en clínicas privadas es un mecanismo que sirve a varios fines: es un mecanismo de intensificación del control sobre la sexualidad de las hijas; es un mecanismo de delegación del castigo a la disidencia sexual, que la familia deja en manos de los profesionales de la salud; y, finalmente, es un mecanismo de sojuzgamiento de las mujeres, que consiste en doblegarlas físicamente y menoscabarlas psicológicamente, a través de actos que incluso en ocasiones configuran tortura, a fin de restaurar el orden heterosexual y patriarcal transgredido por ellas.

El Tribunal conoce, desde luego, que en la actualidad los derechos familiares son públicos y no contractuales, gracias a las conquistas de género vigentes en los Estados de derecho y recogidas constitucional y supra legalmente. Sin embargo, podrá constatar que, en el Ecuador, esta equiparación formal de espacios, de rango constitucional, no logra positivizarse en determinadas normativas secundarias. Son particularmente excluyentes las normas que versan sobre derechos familiares. La protección jurídica de un solo tipo de familia, la heterosexual, implica desprotec-

ción no sólo de los núcleos familiares alternativos, sino de las y los diferentes que conviven al interior de núcleos tradicionales.

Además, a partir de la concepción de que la identidad sexual lésbica no debe proyectarse en esferas públicas, la salud se privatiza en los contratos discrecionales celebrados entre las clínicas y los familiares de las denunciantes. De este modo, la esencia jurídica del derecho a la salud se desvirtúa y ésta se convierte en un simple servicio sujeto a contrato privado: el remedio a una supuesta “patología” vergonzosa que es conveniente silenciar en aras, aquí sí de un derecho, el de la intimidad familiar. En definitiva, la privatización del derecho a la salud guarda estrecha relación con la privatización de la sexualidad lésbica. El contenido del derecho pasa a ser contractual, como contractuales pasan a ser los tratamientos escogidos para la “rehabilitación” (en realidad sojuzgamiento); tratamientos contractuales que involucran, ni más ni menos, tortura y violación compleja de cuantos derechos se han analizado.

Merece la pena, finalmente, que el Tribunal haga un análisis crítico de la naturaleza de la dependencia y el modo en que ésta obstaculiza la denuncia de las violaciones en el caso presentado. Las denunciantes responsabilizan a los “profesionales” de las clínicas, o al Estado de las violaciones sufridas, pero suavizan su testimonio a la hora de responsabilizar directamente a su madre, su padre o su cuñado, en la medida en que razonan que sus familiares, finalmente, tenían “buena intención”; deseaban reintegrarlas a una vida “normal”, con todo y los privilegios que supone la normalidad. Pocas son las que, en estas situaciones de conflicto con la familia, pueden o desean dar el paso de la ruptura y asumir las consecuencias de la misma.

Cuestiones a debatir

Señalé tres registros de la victimización secundaria, a saber, culpabilizar a la víctima, la intromisión en su corporeidad para obtener pruebas del hecho y la incidencia de los discursos médicos y psiquiátricos sobre los discursos jurídicos para omitir o reforzar prácticas crueles y humillantes en individuos con sexualidades no normativas. Es importante preguntarse a partir de casos concretos, en estos tres registros, qué incidencia tienen los contextos de violencia de género y de prejuicio sexual en la comisión de la victimización secundaria. A continuación presento unos puntos específicos de debate en el caso de la lesbiana recluida por su familia en una institución psiquiátrica. Creo que el asunto gira alrededor de la regulación de la interdependencia de los discursos médico-psiquiátricos y penales para evaluar y conceder el goce pleno de los derechos a los individuos que hacen parte de minorías sexuales —sobre todo en sociedades caracterizadas por la heterosexualidad obligatoria—, y de la disociación entre los derechos constitucionales consagrados y las prácticas socioculturales, en particular aquellas de la esfera privada y familiar. En estos casos vale la pena

tener en cuenta las posibles similitudes y diferencias en el tratamiento jurídico de las víctimas cuando éstas son hombres gay, lesbianas o transgeneristas. Es decir: ¿cómo inciden los contextos de violencia de género y de prejuicio sexual en la comisión de la victimización secundaria?

Desde 1973, la homosexualidad fue suprimida del *Manual de diagnóstico de los trastornos mentales* (DSM) de la Asociación Americana de Psiquiatría (APA), y desde 1990 la Organización Mundial de la Salud (OMS) la retiró de su lista de enfermedades mentales. Sin embargo, esos “errores históricos de la ciencia” aún tienen influencia en ciertos grupos sociales y, unidos a la reiterada resistencia de muchas familias a aceptar, apoyar o reconocer las diferencias sexuales de algunos de sus miembros, con frecuencia redundan en obstáculos para determinar con claridad las circunstancias de los incidentes de violencia o se constituyen ellos mismos en fuentes de la misma.

Los argumentos de la Fundación Causana relacionan la patologización de las prácticas sexuales no normativas y la pretensión de “conversión” y naturalización de la familia heterosexual. Las jerarquías que se producen en sociedades de heterosexualidad obligatoria encuentran en los discursos de algunas instituciones mentales y en la omisión del Estado para regularlas una justificación para intervenir y coejecutar la violación de los derechos fundamentales de sus miembros.

El caso de la reclusión de mujeres lesbianas en las condiciones y con los tratamientos mencionados constituye tortura, trato cruel, inhumano y degradante a la luz de las normas y tratados internacionales vigentes. Pero es un hecho que las prácticas socioculturales continúan reproduciendo la discriminación y la ejercen en nombre de la privacidad de la familia, es decir, “que incluso las violaciones de sus derechos [los de las mujeres lesbianas] se producen en este ámbito”.¹⁴⁷

El “tratamiento o cura” en las clínicas se instaure alrededor del argumento según el cual la homosexualidad es una desviación y la persona puede “convertirse”¹⁴⁸ a la norma (heterosexual). Este argumento parte de la creencia en “una estricta correspondencia entre el sexo biológico y el género, y entre

¹⁴⁷ *Memoria del Tribunal Regional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres*, *op. cit.*, p. 135.

¹⁴⁸ Ver Kenji Yoshino, “Covering”, *op. cit.* En este texto el autor señala cómo la discriminación a las sexualidades no normativas se despliega en tres registros, el de la conversión, el del disimulo y el del encubrimiento. La intención de “conversión”, al modo de la conversión religiosa, tiene como base la noción de que hay una esencia perdida que, con las prácticas apropiadas, puede reaparecer.

los roles de género y las conductas y prácticas sexuales”.¹⁴⁹ Cabe recordar aquí parte de la narración de A.

Me hicieron poner tres días seguidos un vestido de una de las compañeras que era trabajadora sexual —un vestido sumamente pegado al cuerpo y muy corto, según la terapia para analizar mi comportamiento—. Me hicieron usarlo por [tres] días durante las terapias, y los terapeutas me decían: “estos días tus compañeros se van a masturbar en tu nombre viéndote así” [...] Los terapeutas incitaron a un compañero a que me acose [...], y me dijo: “yo puedo hacerte el amor, tú vas a saber lo que es una penetración [...], si tú estas conmigo, estoy seguro de que te van a gustar los hombres”.¹⁵⁰

Paralela a esta ilusoria correspondencia entre sexo biológico, género, roles, prácticas y deseos está, cuando de la sexualidad entre mujeres se trata, la concepción de que “si conocen a un hombre la conversión está garantizada”. Esta creencia, realmente una fantasía, se construye a la sombra de los privilegios que provienen del control de la sexualidad. Lo que la sexualidad entre mujeres implica para la jerarquía patriarcal es la presentación de una forma de gozo que no está al alcance de quien históricamente ha controlado la economía de los cuerpos: la alianza heterosexual. Las lesbianas, o mejor, el deseo lésbico, se percibe como si se estuvieran “robando los placeres de la heterosexualidad”,¹⁵¹ y la sentencia “tú vas a saber lo que es una penetración” es una forma de decir “sólo los hombres pueden/saben penetrar, si tú u otra como tú lo hace o si gozas sin ella usurpas mi puesto y mis privilegios y entonces yo no voy a saber quién soy”. Por eso, el deseo lésbico hace explotar los goznes del régimen de heterosexualidad obligatoria, porque evidencia la fragilidad radical del poder (masculino-heterosexual) sobre los cuerpos. El varón no heterosexual es ciertamente una amenaza para esta economía, pero así como la amenaza porque declina un privilegio, también ayuda a configurarla, pues es el opuesto, “el otro que define lo que yo no-soy”. Pero la lesbiana es, como dice la filósofa francesa Monique Wittig, un sin-sentido. Si en el registro de la heterosexualidad obligatoria ser mujer se define en relación con un hombre, y ser hombre es tener acceso a las mujeres, “una lesbiana —dice Wittig— no es una mujer”¹⁵² y, por lo tanto, amenaza la totalidad de un orden que se basa en tales relaciones porque tiene

¹⁴⁹ *Memoria del Tribunal Regional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres*, *op. cit.*, p. 135.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 132-133.

¹⁵¹ G. Mason, “Not our Kind of Hate Crime”, *op. cit.*, p. 275.

¹⁵² M. Wittig, *The Straight Mind and other Essays*, *op. cit.*, p. 28. M. M. Gómez, *On Discrimination and Exclusion: An Approach to Hate Crime Politics*, *op. cit.*, capítulo V.

el poder de revelar su contingencia.¹⁵³ Ese poder es el que desestabiliza, ése es el poder que la heterosexualidad obligatoria no duda en desafiar por diversos medios, incluida la tortura y el trato cruel y degradante.

Preguntas

1. ¿Qué tipo de argumentos suele tener la familia de la persona que es internada en una clínica para su “rehabilitación” sexual?
2. Analice el “tratamiento” y los argumentos expuestos por los terapeutas en el caso planteado: ¿qué concepciones sobre normalidad, orientación sexual, moralidad, etcétera, subyacen en los mismos?
3. ¿Cómo se explica que las víctimas no culpen a sus familiares sino a los profesionales de la salud de los tratos crueles, inhumanos y degradantes a los que han sido sometidas?
4. ¿En qué consiste en este caso la responsabilidad del Estado por omisión?
5. ¿Qué medidas debería tomar el Estado para no incurrir en dicha omisión?

El uso discrecional de las categorías

El último punto que trataré en el aparte de la invisibilidad atañe también a su contrario, el exceso de visibilidad. Quiero llamar la atención sobre el uso discrecional de las categorías de homosexualidad, orientación sexual, identidad de género, tal y como pueden ser usadas u omitidas en casos legales a discreción de los jueces y fiscales. La jurisprudencia no es homogénea, y en algunos casos los operadores jurídicos pueden hacer énfasis en que la orientación sexual de los involucrados no es relevante a la hora de tomar decisiones. Esto se puede ver en otros apartes de este libro sobre custodia y tenencia en familias diversas. Pero en los casos de violencia se enfrenta un exceso de visibilidad en el que la diferencia no normativa se convierte en el significativo fundamental, la atención es valorativa y suele adoptar los significados del contexto cultural en el que se produce el hecho, por un lado, y por otro se enfrenta a situaciones en las que los componentes de orientación sexual o identidad de género serían pertinentes para entender y reconstruir el contexto de la conducta violenta y, sin embargo, pueden ser omitidos, camuflados o menospreciados por los funcionarios judiciales. A continuación presento algunos casos que ilustran estas situaciones.

¹⁵³ Ver M. M. Gómez, *On Discrimination and Exclusion: An Approach to Hate Crime Politics*, op. cit., capítulo V.

Informe MOVILH-DIVINE¹⁵⁴ La justicia que merecen las víctimas

Problema jurídico

Cuando se demuestra que no se agotaron las diligencias para aclarar las causas y responsabilidades de un siniestro, que durante la investigación se cometieron graves irregularidades —violación a los derechos humanos de los testigos por parte de la policía y las autoridades judiciales—, y que los responsables del siniestro no fueron sancionados, ¿se compromete la responsabilidad del Estado, personificado en la administración de justicia?

Hechos

El 4 de septiembre de 1993, un incendio destruyó por completo la Discoteque Divine de Valparaíso, en Chile. Murió casi una veintena de personas. El gran interrogante que aún hoy tienen diversos sectores sociales es si en efecto la causa del siniestro fue un desperfecto eléctrico, como lo señalaron los informes oficiales, o si se trató más bien de un atentado por prejuicio sexual.

El 23 de marzo de 1994, y sólo tras seis meses de investigación, el magistrado del Séptimo (hoy Quinto) Juzgado del Crimen de Valparaíso, Jorge Gándara, cerró el caso del incendio de la discoteca Divine. No hubo culpables, ni procesados, ni conclusiones sobre las causas del siniestro.

A partir de entonces, y durante los años siguientes, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) realizó diversas diligencias y estudios que tenían como principal objetivo la reapertura del caso. Las primeras esperanzas concretas surgieron en el 2002.

El 29 de agosto de ese año, Movilh dio a conocer a la opinión pública el *Informe Movilh-Divine, La justicia que merecen las víctimas*, texto que aportó pruebas inéditas que finalmente derivaron en la reapertura del caso tras casi una década de luchas.

Extractos

Aunque este informe, que cuenta con el respaldo de Amnistía Internacional, no deja establecida la causa real del siniestro, sí queda por primera vez en evidencia, basada en pruebas concretas, que las autoridades de la época cometieron graves irregularidades que van desde atropellos a los derechos humanos hasta el no escl-

¹⁵⁴ Tomado de los informes de MOVILH: *Informe MOVILH-DIVINE: la justicia que merecen las víctimas* (agosto de 2002), y el *Informe MOVILH-DIVINE II* (2004). El caso todavía está en proceso, después de ser reabierto en el 2003 gracias a las gestiones de la organización que hace el informe. Al cierre de esta edición no se conocía el fallo definitivo, esperado para algún momento del segundo semestre del 2007. Los informes se encuentran disponibles en <http://www.movilh.cl>.

recimiento de hechos de extremada relevancia para la eficiencia del curso de las investigaciones.

[...]

La escasa rigurosidad en torno a todo lo relativo a las pruebas acredita la nula competencia y profesionalismo del juez del Séptimo Juzgado del Crimen de Valparaíso, Jorge Gándara, para llegar a resultados concluyentes en tópicos fáciles de clarificar, situación doblemente importante [...] [ya] que todos los antecedentes proporcionados por organismos de derechos humanos o la prensa de la época respecto a las irregularidades en el caso fueron conocidos con mayores pruebas y detalles, jamás hechos públicos, por ese magistrado. Otros datos nunca mencionados, como la existencia de dos sospechosos a los cuales jamás se pesquisó, corroborarán también la negligencia de las autoridades judiciales y del orden, mientras las continuas preguntas del juez Gándara a los testigos respecto a la orientación sexual de las víctimas mostrarán el grave espíritu discriminatorio del mismo.

[...]

El caso Divine fue sobreseído temporalmente el 23 de marzo de 1994, sin culpables ni procesados, decisión basada y argumentada gracias a parte de los informes oficiales que señalaban categóricamente que el incendio se había producido por un desperfecto eléctrico.

[...]

Aun cuando esa cuestionada hipótesis sea cierta, la justicia debió emitir sanciones contra los responsables en la materia. En esa línea, y a la luz de nuevos antecedentes (siempre conocidos por Gándara), quedarán comprometidos también en esta investigación las funciones y deberes que correspondía a los dueños de la discoteque, a la Ilustre Municipalidad de Valparaíso, a la Superintendencia de Electricidad y Combustible, al Cuerpo de Bomberos de Valparaíso y a Carabineros.

En el ámbito de violaciones a los derechos humanos se expondrán [en los dos informes 2002 y 2004], además, pruebas sobre continuos delitos cometidos por la Policía Civil y Carabineros en el transcurso de las investigaciones y, por otro lado, se evidenciará que no todos los peritajes efectuados concluyeron en forma categórica que el incendio se produjo por un desperfecto eléctrico.

Esta investigación del MOVILH incluyó el análisis directo de los expedientes archivados en el Séptimo Juzgado del Crimen, la relectura de la prensa y de las investigaciones efectuadas sobre la materia, conversaciones con periodistas de la Quinta Región que cubrieron el tema y diálogos con algunos de los testigos del siniestro.¹⁵⁵

[...]

¹⁵⁵ Tomado del *Informe MOVILH-DIVINE: la justicia que merecen las víctimas, op cit.* Disponible en <http://www.movilh.cl>.

El 23 de marzo de 1994, y sólo tras seis meses de investigación, el magistrado del Séptimo (hoy Quinto) Juzgado del Crimen de Valparaíso, Jorge Gándara, cerró el caso del incendio de la discoteca Divine, sin culpables ni procesados y sin llegar a una conclusión sobre las causas del siniestro.

Durante todos los años siguientes el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) realizó diversas diligencias y estudios que tenían como principal objetivo la reapertura del caso. Las primeras esperanzas concretas surgieron en el 2002.

El 29 de agosto de ese año [...] MOVILH dio a conocer a la opinión pública el denominado “Informe Movilh-Divine, la Justicia que Merecen las Víctimas”, texto que aportó pruebas inéditas que finalmente derivaron en la reapertura el caso tras casi una década de luchas.

[...]

Los principales aportes del “Informe Movilh-Divine” evidenciaron que 1) los tribunales no habían agotado todas las diligencias para aclarar las causas y responsabilidades del siniestro, 2) durante las investigaciones se cometieron graves irregularidades, como violación a los derechos humanos de los testigos por parte de las policías y las autoridades judiciales, 3) la inexistencia de un documento que diera cuenta sobre el número e identidad de los lesionados y víctimas fatales y 4) la carencia de sanciones contra los responsables del incendio, aunque éste hubiera sido causado por un desperfecto eléctrico.

[...]

A diferencia de lo deducido por muchos sectores, jamás el MOVILH tuvo por objetivo con el “Informe” demostrar que el incendio fue producto de un atentado. Jamás hemos contado con pruebas concretas para sostener tal hipótesis, aun cuando somos la organización social con mayor conocimiento sobre el tema y la única instancia que es parte del proceso.¹⁵⁶

Violaciones contra los derechos humanos de los testigos y familiares de las víctimas

A una semana del incendio, el Movimiento de Liberación Homosexual denunció a través de la prensa que diversos testigos habían sido agredidos durante los interrogatorios efectuados por la Policía de Investigaciones.

Dicha denuncia, basada en informaciones proporcionadas por algunos de los afectados, jamás fue, sin embargo, del todo dilucidada o precisada ante la ciudadanía, la cual nunca supo que más allá de las acciones del movimiento homosexual, los agredidos estamparon en forma personal los atropellos en el expediente del caso, teniendo total conocimiento sobre la materia el juez Jorge Gándara. Gándara en

¹⁵⁶ *Ibíd.*

ningún caso determinó sanciones al respecto, mientras la Policía de Investigaciones y Carabineros, amparados en el contexto sociocultural de la época más discriminatorio en relación a las minorías sexuales, descartó asumir la responsabilidad de alguno de sus funcionarios en el tema.

La intimidación permanente a la cual fueron sometidos los testigos constituye, sin duda, un grave obstáculo para la eficiente recopilación y análisis de datos en torno al caso Divine, pues los declarantes debieron centrar gran parte de sus intervenciones en antecedentes referidos a su intimidad y orientación sexual, a exigencia explícita de la Policía Civil o de Carabineros.

Esa situación es doblemente dramática si se considera que en gran parte del expediente, algunos de los testigos son identificados en razón de su nombre, edad, dirección y también orientación sexual, como si ése fuera un dato relevante para la causa. Tal es el caso, por ejemplo, del parte 386 firmando por el comisario Luis Ricardo Torres Muñoz, donde se señala que “[...] falleció en el momento que intentaba salir hacia los exteriores del local, Carlos Araya González, 26 años, soltero, homosexual, domiciliado en [...], Valparaíso”.

Las pruebas sobre las agresiones, jamás conocidas hasta ahora, son contundentes, como se expone a continuación:

a. En [...] el expediente quedó establecido que los declarantes J.L.C.V. y J.A.P.F. fueron trasladados de urgencia tras ser interrogados a la Posta del Hospital Van Buren, donde el médico de turno les diagnosticó lesiones y hematomas en el tórax y el cráneo.

Los afectados sindicaron como uno de los responsables de esos daños a los subcomisarios Enrique Daure y Fernando Moraga, quienes trasladaron a los testigos a un calabozo, mientras eran insultados soezmente obligándolos a desnudarse y a tenderse en el suelo. Acto seguido, los arrastraron por el piso, siendo golpeados con puños y patadas.

b. [...] J.A.P.F. especificó además que “el 7 de septiembre fui a declarar a Investigaciones [...] me golpearon en la cabeza con las manos porque me decían mentiroso y que era maricón, querían que dijera algo que no había visto [...]”.

c. El 8 de octubre [...] J.L.C.V. denunció que

[...] a los días fui citado a declarar a Investigaciones con mi polola llegando a las 8:45 hasta las 16:30 horas, quedando detenidos. Ambos fuimos insultados y yo fui agredido por un detective quien me dio un golpe de puño en el pecho por el motivo que no le dábamos la veracidad de que la discoteque era una discoteque gay.

d. Siete días después, R.E.G.E. denunció [...] “fui a declarar a Investigaciones, donde fui agredido por funcionarios que me dieron una bofetada en la mejilla de-

recha e izquierda porque no le respondí a la pregunta que me hacía referente a la sexualidad de los dueños”.

Se aprecia, en consecuencia, que la orientación sexual de las personas pasó a ser en algunos casos más relevante que las muertes y las causas del incendio, lo cual desenfocó las investigaciones de los temas verdaderamente trascendentes.

Esa situación incluso perjudicó parte de las declaraciones de los familiares de las víctimas, algunos de los cuales frente a la discriminación, temor o vergüenza de que algunos de sus parientes fueran homosexuales, se preocuparon de explicitar en gran parte de las investigaciones que la presencia de su hermano, hijo, tío o sobrino en la discoteque no garantizaba que ellos fueran gays.

Más dramático es el hecho de que los familiares en gran parte de los relatos donde se refrieron a la sexualidad de las víctimas, en algunos casos en respuesta a preguntas explícitas sobre la materia efectuadas por el mismo juez Gándara, lo hicieron para acelerar los trámites de sepultación (sic) de sus parientes, como queda demostrado con las siguientes declaraciones:

1) “Que vengo a comparecer ante SS a fin de rectificar los pasos necesarios para la sepultación de mi hijo Gabriel Enrique Martínez Muñoz, 26 años, trabajador de la discoteque, él estaba a cargo de la música, no era homosexual, trabaja hace un año”, firma L.H.M.

2) “Que vengo a presentarme a fin de obtener los pasos necesarios para la sepultación (sic) de mi hermano Jorge Eduardo Valverde Cifuentes, 27 años de edad, no sabría decir si mi hermano era homosexual”, firma M.C. Cifuentes.

3)

Que vengo a presentarme a fin de iniciar concedidos los pases necesarios para la sepultación (sic) de mi hermano, Andrés Ángel Agüero Bravo, nacido el 10 de julio de 1963, soltero [...] En cuanto a lo que su SS me pregunta puedo decir que mi hermano no era homosexual, sino que un grupo de compañeros fueron a conocer la discoteque ya que según ellos era nueva en la ciudad, [firma A.A. Agüero.]¹⁵⁷

Cuestiones a debatir

La victimización secundaria, por la influencia de los prejuicios en los operadores y los procesos jurídicos que involucran sexualidades diversas

El caso del incendio de la discoteca Divine es muy complejo: hasta tanto no lo hagan los tribunales, no se puede asegurar cuál fue el motivo del siniestro, y en consecuencia no se puede clasificar de antemano como un acto de violencia por prejuicio sexual. Lo que sí es posible y vale la pena señalar son las vicisitudes

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 7-9.

del proceso y sus muchas irregularidades —por ejemplo la decisión del juez de cerrar el caso anticipadamente, sin revisar a fondo la evidencia, y las torturas y victimización secundaria de los testigos por parte de la policía—, que pusieron en evidencia las conductas prejuiciadas y la sobre-exposición de la orientación sexual de los testigos —a discreción de los agentes—, del todo irrelevante para el curso del proceso. Para entender la dimensión del proceso es fundamental tener en cuenta también que éste se reabrió gracias a la intervención directa de MOVILH, que entonces sí fueron incluidas nuevas pruebas y aparecieron funcionarios dispuestos a llevar a cabo una investigación rigurosa. Este caso, entonces, además de evidenciar problemas de invisibilidad y sobre-exposición, violencia y maltrato a testigos y homofobia de las familias, introduce el tema de las relaciones entre los movimientos sociales, o públicos débiles, y la administración de justicia o públicos fuertes.¹⁵⁸ En el caso Divine, sólo la oportuna intervención de MOVILH logró hacer evidentes las irregularidades del primer proceso, llamar la atención sobre las mismas y hacer que el caso se reabriera.

Otro aspecto de los problemas potenciales de la discrecionalidad en el uso o alusión a la orientación sexual aparece en el caso de un preso homosexual que sufre victimización secundaria en los fallos de los jueces de instancia, como lo ilustra el siguiente fallo.

Preguntas

1. ¿Por qué razón el caso Divine es considerado un caso de “exceso de visibilidad”?
2. ¿De qué manera el exceso de visibilidad de la categoría “homosexual” afecta el desarrollo de la investigación y las decisiones judiciales en el caso Divine?
3. ¿En qué consiste y cómo se manifiesta la victimización secundaria en el caso Divine?
4. Analice el concepto de público fuerte y público débil en relación con la intervención de MOVILH en este caso. ¿Si la reapertura de la investigación hubiera sido promovida por un grupo perteneciente al “público fuerte”, habría sido diferente?

¹⁵⁸ Sobre la diferencia entre públicos débiles y públicos fuertes, ver N. Fraser, “Pensando de nuevo la esfera pública”, en *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, *op. cit.*, pp. 128-132. Los primeros forman opinión, los segundos forman opinión y además deciden.

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-1096 de 2004

Problema jurídico

¿El Estado, en este caso a través del INPEC, desconoce los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física y moral y a la libertad sexual de una persona privada de la libertad, que ha sido violada, al rehusarse a trasladarla a un establecimiento carcelario en el que se le pueda prestar la debida atención de salud y no sea sometida al acoso y al abuso sexual permanente?

Hechos

MGJ interpuso acción de tutela en contra del INPEC. Alega que la institución carcelaria, al rehusarse a trasladarlo a otra cárcel en la que pueda recibir la debida prestación del servicio de salud, y deje de ser sometido al acoso y al abuso sexual permanente, viola su derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y moral y a la libertad sexual. El recluso paga una condena de cuatro años y cuatro meses de prisión por infracción a la ley 30/86 —estupefacientes—, y otro juzgado lo requiere por hurto agravado. Ha sido trasladado a varios centros penitenciarios, y afirma que en todos ellos ha sufrido persecución y acoso por su orientación sexual. El accionante ha presentado cuatro tutelas por el mismo motivo. Todas le han sido negadas.

Decisión

La Corte Constitucional revoca el fallo de instancia, tutela los derechos fundamentales de MGJ a la dignidad, la vida, la integridad física y la salud, ordena su traslado a un centro en donde se encuentre exento de riesgos y concluye que el INPEC desconoce de forma grave y manifiesta tales derechos si no adopta medidas que eviten el abuso sexual de una persona reclusa en un establecimiento carcelario a manos de otros reclusos y, sobre todo, si se trata de una persona que pertenece a un grupo tradicionalmente discriminado.

Extractos

[Apartes del testimonio de MGJ]

Yo M.G., quien me encontraba en la Cárcel Nacional Modelo, Bogotá, solicité el traslado a la regional INPEC por seguridad personal, y cuando llené el formato de traslado que exige el INPEC solicité el traslado para la cárcel de El Espinal, Tolima, pero el INPEC me trasladó para Chaparral, Tolima[. A]quí no puedo vivir por el mismo motivo que ha pasado en otros lugares donde he estado detenido, ya que yo fui víctima de abuso sexual por parte de un grupo paramilitar en la cárcel, y desde entonces tengo enemigos regados a donde voy, ya que este grupo me busca para

matarme. En la cartilla biográfica obra copia de la horrible tragedia, la cual sucedió el día 5 de sep[tiembre del] 2000 en la Cárcel Modelo de Bogotá. Por eso hoy no puedo vivir en este centro carcelario ya que aquí tengo los mismos problemas, ya que el hacinamiento (sic) es tenaz y vivimos en un salón donde hay cupo para 30 y hoy hay 70 personas y nos toca dormir en el piso donde pasa la gente por encima para ir al baño, esto es horrible (sic) [...] ¹⁵⁹

[...]

Y aún más, por mi condición sexual, ya que yo soy homosexual y esto hace más difícil mi vida humana. Como también no sé si soy paciente VIH positivo, ya que hace poco un interno que padecía VIH me obligó a tener relaciones sexuales y hoy no sólo mi vida está en peligro, sino la de los otros internos. Y además aquí no hay la medicina para el tratamiento, ya que ésta sólo la hay en Bogotá, y el servicio médico aquí es pésimo [...]

[L]a problemática que vivo hoy acá es la siguiente: ya que soy el único homosexual que ha llegado a este centro carcelario me obligan a tener sexo con otros reclusos y me golpean cuando me niego. Ya que aquí los internos que hay no reciben visita conyugal, ya que por la lejura de acá ellos no tienen visita y quieren desahogar (sic) sus emociones sexuales conmigo. [M]e obligan a hacerles el sexo oral, y otros [...] hace 2 días un interno me chuzó con una navaja por no permitirle que me abusara sexualmente [...]

Por favor señor juez ayúdeme [...] Por favor trasládenme a El Espinal ya que aquí yo [no] puedo vivir. Bien, por eso yo le solicité a la Regional el traslado para allá. Hoy he pedido ayuda a la Fiscalía, la Defensoría, la Procuraduría, pero no he tenido respuesta alguna y hasta el Director de este centro carcelario ya sabe mi problema. Pero me dice que es la regional del INPEC la que tiene que solucionar el problema, que él no. Y además, yo hace 25 días [había] solicitado mi traslado por seguridad de la Modelo. Pero para El Espinal, Tolima, para acá yo no pedí, ya que sabía que aquí [había] algunos agresores de los que me hicieron lo del 5 de septiembre de 2000 en la cárcel Modelo [...] a partir de mañana entraré en una huelga pacífica de hambre, ya que no soy capaz de resistir más este horrible atropello que hoy se comete conmigo por ser homosexual. Le juro señor juez que deseo quitarme la vida antes de seguir soportando todo esto [...]

Argumentos de la demanda y solicitud

MGJ alega que en virtud de su derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad, a la salud, a la igualdad y a la libertad, el Estado, a través del INPEC, tiene la obligación de protegerlo mientras se encuentra recluso en un centro penitenciario cumpliendo la

¹⁵⁹ El documento de la demanda no tiene ninguna tilde. En el texto transcrito han sido incluidas por razones de edición, para facilitar su lectura. (Nota de la autora).

condena que le fue impuesta. Sostiene que si bien la pena que se encuentra pagando es justa, no así las vejaciones a las que está siendo sometido.

[...]

Solicita ser trasladado para la cárcel de El Espinal, Funza, Bogotá o Melgar.

Argumentos de la entidad acusada

[...]

El Director Encargado y la Asesora Jurídica del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chaparral, Tolima, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, participaron en el presente proceso mediante escrito remitido al juez de primera instancia (Juez Penal del Circuito de Chaparral) el 7 de junio de 2004. En primer lugar, informaron al Juez que la solicitud de traslado había sido presentada al Director Regional Central del INPEC, el cual la negó. En segundo lugar, le informaron que se tramitaba otra acción de tutela por razones similares, que el Juzgado 8 Penal del Circuito de Bogotá había negado en primera instancia, y en aquel momento se encontraba en apelación.

Adicionalmente indicó con relación al caso,

El Sr. MGJ desde su ingreso a este establecimiento ha manifestado su disgusto por estar recluso aquí, manifestando que él solicitó traslado para otras cárceles y no para ésta, cuando estaba recluso en la Cárcel Nacional Modelo como lo indica en su otra acción de tutela, además en su cartilla biográfica obran otras acciones de tutela promovidas por el mismo, tramitadas por el Juzgado 43 Penal del Circuito de Bogotá, 15.12.03 (negada), Juzgado 10 Penal del Circuito de Bogotá (negada), Juzgado 11 Penal del Circuito de 28.03.03 [...]

NOTA: Cuando es el interno [el] que solicita *traslado* debe cumplir como mínimo un (1) (sic) de permanencia en el establecimiento del que solicita (circular de 16.01 de 1995) y ser aprobado por el consejo de disciplina como estímulo a buena conducta, motivo por el que si el [señor] Mauricio Gutiérrez lo solicitara a esta Dirección NO se podría tramitar por no reunir este requisito.

Adjunto al escrito, se remitieron copia (sic) de los documentos que acreditan las diferentes actuaciones procesales. A continuación se hace referencia a cada una de ellas.

[...]

Mauricio Gutiérrez Jaramillo interpuso acción de tutela contra el centro penitenciario en el que se encontraba recluso (Cárcel del Circuito Judicial de Cáqueza, Cundinamarca) por considerar que se trataba de atentar contra su vida. En sentencia del 28 de marzo de 2003 el Juzgado 11 Penal del Circuito de Bogotá resolvió negar la tutela, pues pese a constatar que en la cárcel en la que originalmente se encontra-

ba recluso había sido abusado sexualmente, consideró que las nuevas amenazas alegadas no habían sido probadas y, en todo caso, el accionante contaba con otro medio de defensa judicial. No obstante, es preciso señalar que el análisis del fallo de la juez de instancia se remite a las pretensiones de un caso diferente al del señor Gutiérrez Jaramillo.

[...]

El accionante instauró otra acción de tutela en contra del Director General del INPEC solicitando ser trasladado a la Cárcel Modelo o a otro centro penitenciario (Sogamoso, Faca, Espinal), ya que su vida corre peligro al haber sido violentado sexualmente. En sentencia del 5 de mayo de 2003, el Juzgado Octavo Penal del Circuito negó la tutela presentada por considerar que la solicitud de traslado había sido atendida por el INPEC al decidir que sería remitido al establecimiento carcelario de Chaparral, Tolima.

El accionante apeló la sentencia. Alegó que fue trasladado por el INPEC, sin tener en cuenta la presencia de varios enemigos suyos (paramilitares) en otras cárceles. El accionante sostiene al respecto,

[...] Ya que el INPEC se escuda sólo con sacar al interno para cualquier lado y hací (sic) cuando el señor juez dicte fallo, falle en contra del accionante por considerar que el interno ya fue trasladado por seguridad, y ya todo queda sin el juez saber que ellos por represalias por la tutela lo envían a uno al peor hueco y cárcel que haiga (sic) [...] la tutela es mal proceder para ellos ya que ellos violan muchos derechos humanos, como hoy pasa en esta cárcel que hay tantas irregularidades que ya están denunciadas, y yo he sido víctima aquí de tortura psíquica y muchos [ilegible] más que ya denuncié ante el Procurador de aquí de este municipio y la Fiscalía de aquí. Por eso hoy apelo, ya que el señor juez no sabe verdaderamente cómo vivo yo, y no sólo yo sino muchos detenidos en el país. No es sólo condenar y mandar a prisión sino también que se cuiden y respeten los derechos humanos, por eso yo solicito que se defienda y respeten mis derechos y ser trasladado a la cárcel de El Espinal, Tolima [...]

[...]

En sentencia del 9 de junio de 2003, el Juzgado 10 Penal del Circuito de Bogotá rechazó de plano una tercera acción de tutela interpuesta por MGJ contra el INPEC, debido a que se consideró que ya había interpuesto otra acción de tutela con reclamos similares, por motivos similares.

[...]

En sentencia del 15 de diciembre de 2003, el Juzgado 43 Penal del Circuito resolvió negar por improcedente una cuarta acción de tutela [...] En esta ocasión MGJ se encontraba recluso en la Penitenciaría Nacional de Girardot y solicitaba nueva-

mente ser trasladado. El Juzgado consideró que la demora en el trámite de la solicitud del accionante había sido justificada debidamente por la entidad [...] y que la protección a su salud, “[...] de acuerdo al reporte de atenciones médicas aportadas al diligenciamiento [...]”, la sentencia estableció que ésta ha sido oportuna. Dice la nota 8 de la sentencia,

Manifiesta es homosexual y por tal condición ha sido sometido por otros internos a abusos sexuales y malos tratos, situación que puso en conocimiento del Director y de la Defensoría del Pueblo, la cual pidió el traslado de ese centro de reclusión, sin que tal petición haya sido atendida. Agrega que posteriormente fue golpeado por otro recluso, ocasionándole lesiones que lo incapacitaron por 15 días, sin embargo el Director del Establecimiento Carcelario se negó a enviarlo a Medicina Legal. Por estos motivos nuevamente solicitó su traslado sin obtener respuesta alguna del Director del INPEC.

[...]

El 12 de mayo de 2004, el director del establecimiento penitenciario y carcelario de Chaparral, Tolima, Ct (r) Fernando Alberto Pinilla P., comunicó a MGJ que su solicitud de traslado no fue aprobada

[...] toda vez que lleva allí una semana de haber ingresado; igualmente el interno ha tenido problemas de comportamiento y seguridad en varios de los establecimientos de esta Regional como los de Bogotá que serían los llamados a brindarle la atención médica que él requiere.

[...]

En comunicación dirigida al Juez Penal del Circuito de Chaparral, Tolima, de junio 7 de 2004, el director regional central del INPEC, Co(r) Luis Mario Delgado Otero, sostuvo que todas las solicitudes de traslado del accionante han sido atendidas, pero que los problemas no se han resuelto porque en todos los centros penitenciarios a los que se le ha trasladado vuelve a tener problemas de convivencia. Dice la comunicación,

[...] debo indicar al Despacho que el accionante ha sido objeto de varios traslados de establecimiento todo debido a problemas de convivencia y orden interno, entre ellos se pueden mencionar La Colonia Agrícola de Acacias, el establecimiento de Cáqueza, el establecimiento de Girardot y La Picota; [...] Lo anterior deja ver que el señor GJ no pudo convivir en ninguno de los establecimientos para hombres con que cuenta Bogotá; así mismo ha estado en establecimientos cercanos a esta capital en los que tampoco ha logrado convivir y ha aducido razones de seguridad para ser

trasladado. Con todos estos antecedentes muestra el accionante su imposibilidad de adaptarse hasta el momento a ningún establecimiento.

Considera que no puede haber violación al derecho a la salud del accionante, pues ni siquiera se sabe a qué hace referencia. Dice la comunicación, “Por otro lado el aludido interno señala en su escrito que no está seguro si es o no portador del VIH pero aduce que allí en Chaparral no existen los medicamentos para su tratamiento, no entendemos de qué tratamiento está hablando”.

Por último, el Director Regional Central considera que la protección de la libertad sexual del recluso es asunto del centro penitenciario. Dice al respecto,

Lo relativo a la situación que vive el interno del establecimiento por su condición de homosexual es del resorte del Director del mismo, quien debe procurar que los hechos que él mismo dice que le han sucedido no se repitan, lógicamente con la ayuda del mismo afectado.

[En reunión del 2 de mayo de 2003] el Consejo de Seguridad del Establecimiento Penitenciario de Cáqueza, Cundinamarca, conformado por el Director de la Cárcel y el Comandante de Vigilancia, decidió que “[...] se requiere con carácter *urgente* se traslade a este interno a un Centro Carcelario donde se le pueda brindar una mayor seguridad para que continúe purgando su pena, [...]”

[En reunión del 7 de abril de 2004,] el Consejo de Seguridad del Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Picota [...] resolvió trasladar al accionante por no poder ofrecerle condiciones de seguridad adecuadas. Dice el Acta,

El interno antes mencionado ha sido sorprendido en posesión de drogas alucinógenas las cuales al parecer distribuye en los patios del penal, esta situación conllevó al traslado a la unidad de tratamiento especial. En el día de ayer en junta de patios le fue asignado el pabellón quinto y durante el trayecto de traslado denigró de la buena honra, honor y profesionalismo de los funcionarios de este establecimiento, que el citado interno, argumentando ser colaborador, (sic) [ha] manifestado que corre peligro su integridad personal dentro de la Penitenciaría por lo tanto se solicita el traslado a otro establecimiento carcelario que cumpla con las condiciones de seguridad que requiere el mencionado interno [...]

[...]

El 20 de abril de 2004 el Director, el Subdirector y la Comandante de Vigilancia del Establecimiento Carcelario La Modelo se reunieron para resolver la situación del interno MGJ radicado en el pabellón OASIS. Dice el Acta de Seguridad N° 17 del Establecimiento, en donde quedó consignado lo dicho y decidido en la reunión

[...], teniendo en cuenta que *el interno en su condición de homosexual* [énfasis del autor] y en su primer ingreso a este establecimiento fue objeto de violaciones y atropellos sexuales por parte de un grupo de internos y por este motivo para salvaguardar su integridad personal fue trasladado de este establecimiento. El día 12 de abril de 2004, el interno [...] regresa condenado a 4 años, 4 meses por el delito de la ley 30 y con un pedido de hurto agravado por el Juzgado 5 Penal del Circuito de Pereira [...] Viendo sus antecedentes y que ahora según versión tomada en el Comando de Vigilancia, el interno manifiesta que teme por su integridad personal ya que ha sido objeto de amenazas por haber denunciado la violación y atropellos a los cuales fue víctima. Es necesario intervenir ante la Dirección General del INPEC y la Dirección Regional, para que se proceda a gestionar el traslado de manera inmediata del interno anteriormente mencionado para otro centro de reclusión; de igual forma se deja la presente acta de seguridad en la oficina de Jurídica del establecimiento para que por su intermedio se tramite y gestione el respectivo traslado en el menor tiempo posible [...]

Sentencia de instancia

El Juzgado Penal del Circuito de Chaparral negó la solicitud de traslado presentada por el accionante, por considerar que era improcedente debido a que ya había sido presentada anteriormente en otros procesos de acción de tutela ya que no se probó debidamente la supuesta amenaza a la que se encuentra sometido. Dice el fallo de instancia,

Aunque el interno manifiesta se encuentra en grave peligro su integridad y en peligro de ser atacada su sexualidad por su condición de homosexual, lo cierto es que sólo se halan [sic] sus afirmaciones en este sentido, frente al cúmulo de pruebas, demostrativas de la personalidad conflictiva y violatoria de los órdenes de convivencia [...] en esta acción, concurre denunciando amenazas a su integridad y su vida, sin prueba alguna que las soporten, por lo que carece de fundamento su pedimento, ya que como puede comprobarse con la simple lectura de su expediente, lo que se trata es de hacer prevalecer su deseo sobre la Ley.

Finalmente, el Juez señala al accionante que los daños que sufre son consecuencias de sus actos. Dice el fallo,

Para finalizar, debe recordarse al interno que no es el Estado el que por capricho lo tiene sometido a restricción de su libertad, sino que por su propia condición de infractor de las leyes, voluntariamente se ha sustraído al ordenamiento jurídico y se ha colocado en la posición de penado, lo que lógicamente le atrae las consecuencias de las que hoy se lamenta.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

[...]

Protección constitucional especial de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que *las personas privadas de la libertad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que impone especiales deberes al Estado*. Se ha indicado que este deber surge tanto de la Constitución, la ley y la jurisprudencia, como del sistema de protección de derechos humanos [...]

[...]

Dentro de los deberes que surgen en cabeza del Estado [...] la jurisprudencia ha resaltado que el respeto por la dignidad humana constituye el pilar central de la relación entre el Estado y la persona privada de la libertad [...]

Contrasta esta posición jurisprudencial, fijada en atención a las reglas constitucionales aplicables y a las normas de derechos humanos relevantes, la posición asumida por el juez de instancia, según la cual, los atropellos irrazonables, dantescos e inadmisibles que se infringen a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad son adjudicables al propio recluso, por haber delinquido y terminado en la cárcel, y no al Estado por incumplir de manera manifiesta sus obligaciones.

[...]

Para la Corte Constitucional, del “[...] derecho a la dignidad y del concepto de Estado social de derecho, se deduce el derecho de los reclusos a contar con centros carcelarios que les garanticen la posibilidad de reinserirse en la sociedad [...]”, razón por la cual “[...] el análisis del sistema penitenciario debe siempre girar en torno de la pregunta sobre si éste cumple con la función resocializadora, a la cual se debe fundamentalmente [...]”.

[...]

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que algunos de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad pueden ser objeto de limitaciones significativas, como consecuencia de su situación. No obstante, existe un conjunto de derechos que no pueden ser objeto de restricción como, por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad de conciencia o a la salud. Esta posición jurisprudencial ha encontrado sustento también en los sistemas de protección de derechos humanos universal e interamericano.

[...]

En esta perspectiva, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, en todo caso, *existe un contenido mínimo de las obligaciones estatales frente a las personas privadas de la libertad que es de imperativo cumplimiento, independientemente de la gravedad de la conducta por la cual se ha privado a la persona de la libertad, y del nivel de desarrollo socioeconómico del Estado*.

[...]

La Corte Constitucional ha reconocido que las dimensiones afectivas y sexuales de todo ser humano, manifestación del libre desarrollo de la personalidad, pueden ser objeto de restricciones razonables, pero no anuladas [...]

[...]

Finalmente, considera esta Sala pertinente hacer referencia a las normas legales mediante las cuales el legislador ha desarrollado y precisado el alcance de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

El Código Nacional Penitenciario (CNP) [...], dentro de sus principios rectores, consagra la igualdad en los siguientes términos: “se prohíbe *toda forma de discriminación* por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”, advirtiendo, no obstante, que se pueden “establecer distinciones razonables por motivos (i) de seguridad, (ii) de resocialización y (iii) para el cumplimiento de la sentencia y de la política penitenciaria y carcelaria”. (artículo 3, CNP).

El CNP advierte de manera categórica el *respeto a la dignidad humana* en los siguientes términos: “En los establecimientos de reclusión *prevalecerá (i)* el respeto a la dignidad humana, (ii) a las garantías constitucionales y (iii) a los derechos humanos universalmente reconocidos. *Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral*”. (artículo 5, CNP) [, y] además señala que “[n]adie será sometido a desaparición forzada, torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”.

Protección de los derechos de las personas en el contexto de un sistema carcelario que constituyó un estado de cosas inconstitucional, en especial para grupos que son discriminados y tratados a partir de prejuicios

[...]

Las inspecciones adelantadas por la Corte Constitucional con ocasión de la sentencia T-153 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) le permitieron concluir que las condiciones de reclusión en las dos cárceles visitadas eran “absolutamente infrahumanas, indignas de una persona humana, cualquiera sea su condición personal”. *La Corte consideró que las condiciones de albergue de los internos, similares a que ha tenido que enfrentar el accionante en el presente caso, “[...] son motivo de vergüenza para un Estado que proclama su respeto por los derechos de las personas y su compromiso con los marginados*”. Estas condiciones de hacinamiento se explican, en gran medida, por la infraestructura carcelaria. “[...] Como ya se ha evidenciado, ésta no responde, en su generalidad, a las necesidades de la población carcelaria, y su estado de deterioro general determina que muchas celdas y áreas destinadas a distintas actividades no puedan ser utilizadas”.

[...]

Pero a las condiciones de hacinamiento, en sí mismas propicias para desatar actos de violencia, se suman los prejuicios acerca de la orientación sexual que reinan en

las cárceles, que pueden convertirse en factores autónomos de violencia y discriminación hacia personas de orientación homosexual, aumentando los riesgos que enfrenta esta población. Tal situación de discriminación, constatada por esta Corporación en casos anteriores, desafortunadamente es avalada en el presente caso tanto por las autoridades penitenciarias, como por el juez de instancia. En ambos casos se presupone que el accionante es parcialmente responsable de las vejaciones a las que ha sido sometido, “por su condición de homosexual”, conclusión jurídicamente inadmisibles.

Los derechos fundamentales de MGJ han sido sistemáticamente vulnerados por las omisiones del INPEC

[...]

De la simple lectura de los hechos que el propio accionante narra en sus diferentes intervenciones a lo largo del proceso, confirmadas en sus partes más graves por las autoridades carcelarias, se llega a esta conclusión.

Su dignidad, al igual que la de la mayoría de las personas privadas de la libertad en Colombia, como lo ha constatado esta Corporación a lo largo de los diferentes casos resueltos al respecto, ha sido desconocida de forma grave y manifiesta; se le ha sometido a circunstancias de inseguridad y riesgo que podrían incluso haber comprometido su vida y su salud de forma irreparable, en caso de que efectivamente haya sido contagiado de SIDA.

Las autoridades carcelarias se han limitado a constatar que en efecto el accionante ha sido sometido a algunos de los delitos y de las vejaciones a las cuales él hace referencia, y a constatar la incapacidad institucional del sistema penitenciario del cual forman parte para tratar el caso específico de una persona del carácter, comportamiento y personalidad del accionante. Las autoridades carcelarias se han limitado a remitirlo indefinidamente a distintos centros penitenciarios, sin que ninguna de estas decisiones se traduzca en una garantía real de protección a la vida, la salud, la integridad física, la dignidad y la libertad sexual de MGJ, derechos de los que él es titular y que diariamente le son desconocidos, como lo reconocen a lo largo del proceso las diferentes autoridades carcelarias.

[...]

En consecuencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional revocará el fallo de instancia y en su lugar tutelaré los derechos del accionante para lo cual adoptará las medidas necesarias para garantizar el goce real y efectivo de sus derechos fundamentales y, en especial, de su dignidad.

Cuestiones a debatir

La sentencia anterior es una muestra de la influencia de los prejuicios en las decisiones jurídicas cuando hay tensiones entre los derechos fundamentales y las prácticas socioculturales, pero es una muestra también de las potencialidades correctivas de la interpretación constitucional, en este caso, tras la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. A partir de este fallo en particular vale la pena plantear la problemática de los derechos de los ciudadanos privados de libertad, mismos que están protegidos claramente en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos. En Colombia, y probablemente en toda América Latina, es notorio “el estado de cosas inconstitucional” (T-153 de 1998) en el que vive un gran porcentaje de los reclusos. Esta situación se agrava cuando, además de las violaciones a sus derechos fundamentales —a la dignidad, a la salud, la educación, el trabajo, la familia, y a no ser víctimas de violencia—, los reclusos viven en espacios de hacinamiento, con una guardia que, por insuficiente, o por simple falta de interés, no garantiza su protección, y expuestos además a la corrupción y a los abusos de los más fuertes. Es bien sabido que el abuso sexual en las cárceles es común, y que su ocurrencia no se limita a la victimización de quienes se reconocen como homosexuales; cualquier recluso puede sufrirlo, sin que necesariamente obedezca a la identidad de los actores como homosexuales. En la cárcel, las prácticas sexuales entre reclusos del mismo sexo son prácticas de subordinación, no la confirmación de una identidad previa. En otras palabras, si ser “homosexual” es tener sexo con alguien del mismo sexo —afirmación polémica, por cierto, sujeta a diversas percepciones sociales y perspectivas teóricas—,¹⁶⁰ en la cárcel son las jerarquías de poder las que crean al homosexual —así lo confirman las declaraciones de un preso en una cárcel argentina—:

¹⁶⁰ Ver “Construcción social de la sexualidad en dos grupos de hombres que tienen sexo con hombres (HSH) de barrios pobres de dos ciudades de Perú”, en Eliane Borges Berutti, Rafael de la Dehesa, María Mercedes Gómez, eds., *Sexualidades en América Latina y el Caribe*, N° 1 International Resource Network (IRN) adscrito al Center for Lesbian and Gay Studies (CLAGS) de la City University of New York (CUNY), New York, junio de 2007. Disponible temporalmente en <http://staging.jasperdesign.com/IRNDEV/index.cfm?contentid=15&itemtype=37>. Esta etnografía muestra cómo las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo no presuponen la identidad homosexual. Ver estudios empíricos relevantes sobre la disociación entre prácticas, deseos e identidades en Alfred C. Kinsey, Wardell B. Pomeroy, Clyde E. Martin y Paul H. Gebhard, *Sexual Behaviour in the Human Female*, Indiana University Press, Bloomington, IN, 1998. Desde el punto de vista teórico se destaca el trabajo de Michel Foucault, *Historia de la sexualidad*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1995; Judith Butler, *El género en disputa*, Paidós, Barcelona, 2001; E. Kosofsky Sedgwick, *The Epistemology of the Closet*, op. cit.

[...] declara J.L.A. y describe las condiciones de vida en el penal [...] Entre otros pabellones [...] “si mandaban algún interno no conocido de ellos” —se refiere a quienes lo ocupaban— “*tenía que pelear por sus derechos ya que caso contrario pasa a ser homosexual y tiene que cocinar, barrer y lavarle la ropa al resto y levantarse después de lista para realizar esas tareas y acceder a cualquier pedido para hacer uso sexual o cobar mate. La pelea para no perder los derechos cuando uno ingresa a un pabellón es a las trompadas y determina si gana o pierde sus derechos*”. [Énfasis del autor] Explica que mediante el pago de 30000 se permitía a los internos “tener relaciones sexuales con la esposa o concubina” en una sala contigua a la iglesia y agrega: “también se puede comprar lo necesario para obtener una conmutación, es decir se negocia la celeridad en obtener testimonio de sentencia y cómputo” y concluye: “ahí dentro todo es negociable”.¹⁶¹

Así las cosas, es importante revisar las condiciones de atropello sexual que padecen quienes se reconocen como homosexuales o transgeneristas. Éstos no sólo sufren tratos inhumanos y crueles por parte de otros reclusos, como potencialmente lo sufriría cualquiera —homosexual o no— que “caiga en desgracia” en las estructuras jerárquicas, extorsivas y corruptas que parecen reinar en las cárceles, sino que además quienes manejan los centros de reclusión y tienen la obligación de protegerlos los someten a la victimización secundaria. El director de la Cárcel Nacional Modelo, teniente de la guardia penitenciaria, Pedro José Martínez, informó a la Corte Constitucional que el hacinamiento puede incrementar la violencia y justificó su afirmación con las siguientes palabras:

[...] el problema [de hacinamiento] puede incrementar la violencia, el interno se adueña de la celda múltiple y la arrienda, hay extorsión y eso genera violencia, como también la genera vivir con un drogadicto, noctámbulo u *homosexual*. El interno *anormal y desadaptado* [énfasis del autor] afecta la convivencia y surgen conflictos que derivan en actos violentos [...]¹⁶²

Como lo señala el fallo, cuando las opiniones de los funcionarios, así sea parcialmente, responsabilizan a los internos por los abusos, son “jurídicamente inadmisibles”. Esta claridad, sin embargo, no ha hecho que estos comportamientos dejen de ser cosa común. Es crucial implementar, por lo tanto, un entrenamiento y un estricto control de las acciones de los oficiales penitenciarios y judiciales en casos similares.

¹⁶¹ “Rubén Badín y otros v. Provincia de Buenos Aires”, Corte Suprema, 19/10/1995, publicado: JA 1995-IV-142. Fallos 318, 2002, Lexis N° 954063.

¹⁶² Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-153 de 1998.

Preguntas

1. ¿Qué relevancia tiene el hecho de ser homosexual en las circunstancias descritas?

2. Analice los argumentos presentados por las autoridades carcelarias y judiciales involucradas en el caso de MGJ. ¿Qué concepciones sobre “normalidad”, convivencia, titularidad de los derechos, derechos de las personas privadas de la libertad subyacen en esos argumentos?

3. Analice en particular el alcance de la siguiente afirmación del Juez de primera instancia:

Para finalizar, debe recordarse al interno que no es el Estado el que por capricho lo tiene sometido a restricción de su libertad, sino que por su propia condición de infractor de las leyes, voluntariamente se ha sustraído al ordenamiento jurídico y se ha colocado en la posición de penado, lo que lógicamente le atrae las consecuencias de las que hoy se lamenta.

¿Este argumento podría ocultar un sentimiento homofóbico similar al que se manifiesta en los argumentos que, como “se lo buscó por homosexual”, están presentes en otros casos analizados en este capítulo?

4. MGJ está atrapado en un círculo vicioso: mientras más quejas presenta por los atropellos a los que es sometido, más confirma su desadaptación y “anormalidad”, desde el punto de vista de las autoridades carcelarias y judiciales. Sólo la revisión de la tutela por parte de la Corte Constitucional lo rescata de ese círculo perverso. ¿Qué medidas se deberían tomar para evitar que ese círculo se cierre sobre las víctimas de vejaciones como MGJ?

B. SEGUNDO PROBLEMA: EL ATENUANTE DE EMOCIÓN VIOLENTA, O IRA E INTENSO DOLOR

Quiero ahora llamar la atención sobre la existencia de una tensión potencial de cara a las soluciones jurídico-penales dadas a la violencia por prejuicio: la mayoría de las leyes que directa o indirectamente castigan la violencia por homofobia contemplan el incremento de las penas. Como ya lo señalé, las organizaciones LGBTQ en la región concentran gran parte de sus esfuerzos en impulsar este tipo de leyes. Sin embargo, muchos de los homicidios que involucran rasgos de violencia por homofobia, reconocidos o no, se enfrentan, o bien a penas reducidas porque se someten a sentencia anticipada, porque se clasifican como delitos cometidos en estado emocional violento o de ira e intenso dolor, o bien porque son clasificados como “crímenes pasionales” y, por lo tanto, reciben los bene-

ficios del atenuante. A primera vista, esto revelaría el dilema al que se enfrenta el sistema penal: aumentar o rebajar las penas. Esta tensión tiene dos registros: por un lado, los ataques motivados por la orientación sexual o por la identidad de género, por estar históricamente arraigados en el prejuicio sociocultural —homofobia, transfobia—, merecen especial protección: el aumentar las penas sería una forma de castigo ejemplar, una prueba de la no tolerancia del Estado a estos ataques. Sobre este aspecto me he referido ya a lo largo del texto.

Por otro lado, cuando el incidente involucra la orientación sexual o la identidad de género de los actores, sobre todo de la víctima, los reportes policiales y los tribunales suelen concentrar sus esfuerzos en “identificar” o “reconocer” lo siguiente: el ofensor merece los beneficios del atenuante de la emoción violenta o ira e intenso dolor, es decir, la reducción o supresión de la pena cuando se considera que su conducta ha sido provocada por un acto grave e injusto de la víctima, quien entonces es parcialmente responsable por la agresión, o cuando se presenta lo propio de un crimen pasional entre parejas o personas vinculadas afectivamente y cuyos conflictos generaron el estado de emoción incontrolable del perpetrador. En ambos casos, lo que amerita revisión es el marco cultural que respalda la interpretación jurídica y la reproducción de ciertos “valores” sociales, en nuestro caso, de aquellos que permiten relacionar la agresión en estado de emoción violenta e incontrolable con la condición o provocación homosexual.

El atenuante de emoción violenta o ira e intenso dolor contempla aspectos subjetivos que pueden llegar a comprometer el libre albedrío de la persona que comete el acto violento. Si estos aspectos se identifican, se aplica una reducción a la pena. La dogmática señala que en principio el atenuante no es un mecanismo que busque eliminar la responsabilidad, sino una herramienta para reducir la sanción. Los efectos del atenuante aplican en la sentencia cuando es posible demostrar que la víctima ofendió y provocó de manera grave e injusta al agresor, y que en consecuencia éste perdió el control. Por lo tanto, su posible aplicación presupone que, sin la provocación extrema, el autor del ilícito es una persona ordinaria —es decir, se le reconoce poca o ninguna peligrosidad—, que el acto es excepcional y de improbable repetición, y por eso amerita la reducción de la pena.

Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda

Proceso 2002-00135

7 de junio de 2004

Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de Decisión Penal, Pereira

Agosto de 2004

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Bogotá

Proceso 23093¹⁶³

9 de febrero de 2005

Problema jurídico

¿Es válido el uso del atenuante de ira e intenso dolor en casos de violencia por prejuicio sexual?

Hechos

El 24 de noviembre del 2001, ante la posibilidad de que J.W.A.G. le revelara a la cónyuge de Luis Fernando Combat Paternina el contenido de un videocasete que supuestamente contenía las relaciones homosexuales que ellos habían sostenido, éste, acompañado de Carlos Humberto Castaño Bedoya, condujo a A.G. a un paraje apartado en la ciudad de Pereira con el fin de apoderarse del videocasete. En ese lugar, luego de reclamarle el video y sostener algún forcejeo, lo hirió con el arma cortopunzante que llevaba y le produjo la muerte.

Decisión del Juzgado de primera instancia

Se confiere sentencia anticipada a los acusados Luis Fernando Combat Paternina y Carlos Humberto Castaño Bedoya por la conducta punible de homicidio perpetrado contra A.G., y como la sentencia se solicitó en la etapa del juicio, no hubo audiencia con la presencia de los procesados, quienes aceptaron los cargos y el fallo condenatorio. La pena final que se les impuso es de 22 meses y 23 días de prisión y se determina así: La pena por homicidio simple establecida en el Código penal (art[ículo] 103) establece una pena mínima de 13 años y máxima de 25, pero la sentencia fue reducida por cuanto la conducta fue realizada en “estado de ira e intenso dolor, causados por comportamiento ajeno grave e injustificado”. La pena a imponer fue de 26 meses de prisión, pero como se acogieron a sentencia antici-

¹⁶³ Para efectos de la claridad de los hechos, de la aplicación del atenuante y de los argumentos de la defensa, es necesario intercalar los argumentos de las tres instancias que siguió el proceso. En primera instancia, la del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda; en segunda instancia, la del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Pereira, y por último la de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

pada durante la etapa de juicio, recibieron una rebaja de la octava parte, un cargo de indemnización por daños y perjuicios y la inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena. La defensa solicitó condena de ejecución condicional y ésta fue negada en las instancias. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema confirmó la decisión.

Extractos

De los antecedentes personales, sociales y familiares de los sentenciados más [sic] bien poco se sabe. De Luis Fernando Combat Paternina apenas se sabe que es un hombre joven, que siempre ha trabajado, que convive con una mujer y que es padre de un menor de edad. De Carlos Humberto sólo se conoce que es un hombre que por la época de los hechos tenía [sic] diecinueve años de edad. Al despacho le queda muy difícil negar la condena de ejecución condicional por los antecedentes personales, sociales y familiares de los procesados, porque casi nada se sabe de ellos y porque eso no autoriza al Juzgado a presumir o a hacer juicios negativos sobre la personalidad de Luis Fernando y Carlos Humberto. Lo que sí definitivamente enseña que en este caso es necesaria la ejecución de la pena, es la modalidad y gravedad de la conducta punible. Es que todos sabemos que el primer bien jurídico que se protege en cualquier sociedad es la vida y fue precisamente ése el que vulneraron los dos procesados. No interesa ahora que a los acusados se les haya reconocido que actuaron en un estado de ira o intenso dolor. El beneficio se negará, y en firme este fallo se librára orden de captura en contra de los procesados.¹⁶⁴
[...]

Decisión de segunda instancia

Tribunal Superior del Distrito Judicial. Sala de Decisión Penal. Pereira, Agosto, 2004. La defensa apela ante este tribunal la decisión de negar los beneficios de sustitución de la pena privativa de la libertad. El tribunal decide confirmar integralmente la sentencia apelada. Reconoce el atenuante, pero rechaza de plano la afirmación de los apelantes cuando afirman que “la muerte de A.G. se justificaba por [su] acción extorsiva [...]”. Confirma la pena y aduce que “no puede en modo alguno ser equitativo suprimir una vida por un acto arbitrario cuando existen mecanismos legales en el cometido de impedir tal acción por la cual se obró”.

¹⁶⁴ Sentencia anticipada: Juzgado Cuarto Penal del Circuito, Desquebradas, Risaralda, 7 de junio de 2004, proceso 2002-00135, p. 8.

Extractos

Síntesis de la acusación

[...]

La providencia discurre ampliamente sobre los hechos y lo ocurrido desde el punto de vista de la propia narración de los protagonistas, de la confesión que hicieran [...] toda la discusión [gira en torno a] los móviles, con las tesis encontradas de [que se] trata de un acto emocional generado por la amenaza de la víctima de difundir un video [que registra] las relaciones íntimas, razón de ser y meollo del asunto en la resolución del recurso.

La providencia inicial se basa en la forma como sucedieron los hechos y en que el acusado tenía otras vías para obtener el vídeo [sic] sin necesidad de recurrir a la violencia, de la forma premeditada como operó. Por el contrario salió avante la tesis de la defensa, al ser reconocida la circunstancia modificadora de la conducta [el estado de ira causado por grave e injusta provocación estipulado en el artículo 57 del Código penal colombiano como atenuante] en la segunda instancia.

[...]

De la defensa de Combat Paternina

[...]

Es una injusticia al negarse el beneficio a su cliente después de vivir el viacrucis al cual se contraen las diligencias, del conflicto emocional absurdo, que no puede permitir el volver al sitio de reclusión porque se suprimió una vida, cuando según su criterio se presentaban circunstancias donde se justificaba la muerte para evitar una gran injusticia. En ese propósito y cometido, la apelación hace una radiografía de la vida del señor Combat Paternina, de sus antecedentes, del drama vivido con la extorsión por parte del occiso, [citando] apartes de la versión dada en sus descargos, calificando aquélla de terrorífica visión y de ofensa gravísima, volviéndose a referir en concreto, amplia y detalladamente a las circunstancias de las relaciones sostenidas y a toda la tragedia y las consecuencias en el cometido de la víctima de hacer conocer de la esposa lo realizado. Alude al miedo insuperable que cobijó la conducta de su cliente en la cual debió ponerse la calificación, haciendo la confrontación y recabando en la injusticia y gravedad del actuar del ofendido. Trae a colación el contenido del vídeo, su brutalidad y las aberraciones, la morbosidad, para dimensionar el daño a causar con la amenaza de exhibirlo y para justificar la forma como obró su poderdante. Hace la ponderación entre el acto grave que se le reprocha a Combat Paternina y lo vivido por él, su angustia y su dolor, trayendo citas doctrinarias sobre las pasiones, su ímpetu, en el camino de convencer sobre

la calidad de persona del procesado y de la necesidad de concederle la ejecución condicional de la pena.¹⁶⁵

Decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal

No admite la demanda de casación que busca la suspensión condicional de la pena privativa de la libertad, y pone punto final a los recursos.

Extractos

La demanda

Se dedica luego el recurrente a hacer un largo recuento de los hechos por los que dice pasó su prohijado y que lo condujeron a la ejecución del ilícito, así como a elaborar una serie de juicios sobre la conducta de la víctima, la reacción del procesado y el delito pasional, llegando a cuestionar que no se le hubiere reconocido a éste descuento punitivo alguno por confesión y colaboración e inclusive el dolo que se le imputó para concluir que el Tribunal interpretó erradamente la norma dándole un sentido diferente al que ella permite al asignarle a la conducta del procesado connotaciones de gravedad que en realidad no tiene, aunque su conclusión lo es en el sentido de que el juzgador aplicó indebidamente la norma sustantiva, de modo que “si hubiera hecho una valoración correcta de las circunstancias que condujeron a la comisión del hecho punible y a sus profundas raíces psicológicas habría llegado a la conclusión, por demás absolutamente clara, de que el señor Luis Fernando Combat Paternina tenía pleno derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena”.

Cuestiones a debatir

El desafío que implica para el derecho penal sopesar las demandas de la psicología individual —los elementos subjetivos de la conducta— en la aplicación del atenuante, sin que ello signifique la reproducción de prejuicios socialmente concebidos —en este caso, el prejuicio sexual—. Las condiciones particulares en que se garantiza el atenuante a la pena tienen, además de los beneficios individuales para el condenado, un valor simbólico, es decir, expresan el reconocimiento del Estado de que ciertas prácticas y conductas provocan, de manera justificable, estados emocionales alterados que pueden conducir a conductas violentas. La pregunta es por el carácter de estas prácticas y conductas y por las condiciones en las que el Estado participa e institucionaliza en la ley una suerte

¹⁶⁵ Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de Decisión Penal, Pereira, agosto de 2004, p. 3.

de “apoyo” a quienes reaccionan con violencia ante las mismas. Por una parte, el esfuerzo por generar sanciones menos onerosas es loable en sistemas que se resisten a construir subjetividades criminales desde la teoría de la peligrosidad y el carácter meramente retributivo de la pena. Por otra parte, el hecho de que ciertas reacciones violentas se consideren “justificadas” exige revisar el contexto de esa justificación.

Cabe mencionar que, en el caso que nos ocupa, ninguna parte del fallo —el de primera instancia— aclara las circunstancias en las que se llevó a cabo el homicidio, ni las razones por las cuales se justifica el atenuante de la ira y el intenso dolor. Lo que se explica es el dictado de sentencia mínima (de 119 a 150 meses de prisión), porque, si bien se reconoce la gravedad del hecho, “no existen circunstancias de mayor punibilidad y existe para Castaño Bedoya una que es de menor punibilidad que es la carencia de antecedentes”.

En segunda instancia, la reconstrucción de los hechos proviene en su totalidad de los testimonios de los implicados: es decir, el estado de ira generado por la amenaza de hacer públicas¹⁶⁶ las relaciones íntimas que el acusado Combat Paternina sostuvo con la víctima. En segundo lugar, en la providencia inicial se sostiene que hubo premeditación, al menos en lo que atañe a la construcción de un escenario para la recuperación del video. Aunque es poco lo que se narra al respecto en los fallos de instancia, es posible afirmar que Combat Paternina condujo a la víctima a un lugar aislado, que portaba un arma blanca y que se hizo acompañar de Castaño Bedoya con el fin de recuperar el video. Tal premeditación parece incompatible con la versión que imperó sobre la comisión del acto en estado de emoción violenta —¿de ambos implicados?—. Interesa entonces lo que se argumentó en un registro y otro. ¿Por qué prevalece la versión de la defensa?

Desde luego que el proceder extorsivo y amenazante de la víctima es reprochable e ilegal. Pero el argumento del abogado de la defensa es prejuiciado e incluso paradójico. En primer lugar, sostiene que para el acusado “se justificaba la muerte para evitar una gran injusticia”. Tal injusticia consistía en hacer públicos, ante la esposa, sus propios actos, es decir, las relaciones íntimas que sostuvo con la víctima. No hay comentario alguno sobre fuerza o coacción al haber sostenido tales relaciones, lo cual permite suponer que éstas fueron consensuales. La gravedad de la ofensa, según la defensa, radica entonces en “la terrorífica visión” de los hechos, el “drama vivido con la extorsión” y el carácter del video, “su brutalidad [...] aberraciones y morbosidad”. No hay alusión directa al carácter homosexual de las relaciones, pero los adjetivos que califican el contenido del video, unido al hecho de que no hay señal de coacción, parecen

¹⁶⁶ Sobre las tensiones entre lo público y lo privado volveré en el próximo literal.

querer imponer —y lo logran parcialmente, porque el atenuante fue concedido en las instancias— una valoración prejuiciada: ¿qué es brutal, aberrante y morboso? ¿Las imágenes? ¿O el hecho de que muestren a dos personas del mismo sexo teniendo relaciones sexuales?¹⁶⁷ Las prácticas íntimas entre dos adultos, si son consensuales, y no violan otros derechos, están protegidas constitucionalmente —derecho a la intimidad, derecho a la libertad sexual—. La infidelidad, parece pertinente señalarlo, genera conflictos y, en ocasiones, sanciones morales y sociales, pero no es ilegal. De hecho la idiosincrasia latinoamericana suele valorar positivamente a un hombre infiel: sus pares, y aun las mismas mujeres, exaltan la virilidad y el “éxito” del seductor o seducido. Es decir, si se es hombre, ser infiel es en muchas ocasiones fuente de prestigio. No así cuando la evidencia muestra que las prácticas sexuales se tienen con personas del mismo sexo. Estas prácticas representan en cambio un desplazamiento, una amenaza a los privilegios simbólicos e instrumentales de la heterosexualidad obligatoria, como la pertenencia y clasificación sociopolítica y económica en binarios definidos y productivos. El miedo a perder de la homofobia es miedo a perder “las credenciales masculinas”,¹⁶⁸ credenciales que defienden contra las sanciones simbólicas y materiales del disenso. Por eso, de alguna manera, la homofobia o prejuicio sexual consiste en la terca y en ocasiones violenta resistencia a aceptar las variaciones de la norma heterosexual.

En el caso que nos ocupa, el otorgamiento del atenuante tuvo éxito y expresó el tinte homofóbico del sistema jurídico: tomó como natural el miedo ante la posibilidad de que las prácticas sexuales con una persona del mismo sexo fueran puestas al descubierto —en especial, y sobre todo por tratarse de hombres—, y justificó la reacción violenta que acompañó a ese miedo. En el caso de las relaciones heterosexuales, el atenuante se suele conceder cuando las conductas violentas son motivadas por celos, lo que no es otra cosa que el reconocimiento y la justificación institucional de la posesión irracional del cuerpo y de la vida emocional del otro.

En este caso no hay un argumento explícito, pero el triunfo de la defensa frente a la aplicación del atenuante permite hacer la siguiente interpretación: la homosexualidad es considerada aberrante; el acusado es una persona decente, no representa peligro social alguno, “trabaja, convive con una mujer y tiene un hijo” y, parece sugerir, no tuvo uno sino dos episodios de emoción violenta. En

¹⁶⁷ El 2 de agosto del 2007, el diario *El Tiempo* de Bogotá, Colombia, publicó el artículo “Escándalo por video sexual de periodista”. El artículo relataba cómo un hombre había amenazado y había cumplido la amenaza de hacer público un video en el que tenía relaciones sexuales con su pareja femenina. La controversia no pasó de ser una discusión sobre la falta de delicadeza del individuo al hacer público lo que pertenece al ámbito de la intimidad.

¹⁶⁸ G. Mason, “Not Our Kind of Hate Crime”, *op. cit.*

el primero accedió a tener prácticas sexuales con alguien de su mismo sexo, y en el segundo reaccionó violenta y justificadamente cuando la “índole aberrante de las mismas”, la “visión terrorífica de los hechos” se le reveló, y el miedo a que se hiciera público le hizo perder el control hasta el punto de justificar la muerte de quien lo amenazaba. El prejuicio se cuela en el lenguaje que describe el contenido del video y en el hecho de que hace de éste el meollo del asunto.

Pero no sólo los argumentos de la defensa son paradójicos; lo es también la conducta del acusado. Como lo señalé anteriormente, el acto homofóbico violento es paradójico porque confirma, porque hace público lo que trataba de borrar, de eliminar:¹⁶⁹ el carácter homosexual de las prácticas y, por tanto, de los implicados.¹⁷⁰ El conflicto que parece imponerse se deriva del choque conflictivo entre práctica e identidad sexual. Tanto los discursos jurídicos como los imaginarios sociales no establecen diferencias entre ellas, y de cualquier manera, el estatus de las unas —prácticas sexuales no (hetero)— como de las otras —identidades no (hetero)sexuales— son despreciadas en la sociedad de heterosexualidad obligatoria.

Por su parte, el fallo de la Corte Suprema, además de reiterar los elementos nombrados ya, introduce otro: la alusión al *delito pasional*, sus profundas raíces psicológicas y su enlace con el “pleno derecho” a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. A este asunto me he referido varias veces: la figura del “delito pasional” opera como una cortina de humo en la identificación, definición y desarrollo de los procesos que atañen a la violencia contra las sexualidades no normativas.¹⁷¹ Por crimen pasional se suele entender el que comete un individuo que, vinculado a otro por lazos afectivos de carácter sexual/amoroso, es presa súbita de una emoción violenta e incontrolable motivada por los celos, la amenaza de abandono o cualquier otra que se cierna sobre la relación. Hace de su objeto amoroso/sexual, o de lo que percibe como amenaza, un blanco de ataque. Cuando los crímenes motivados por prejuicio sexual o misoginia se clasifican

¹⁶⁹ Ver M. M. Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*

¹⁷⁰ Es importante establecer una diferencia entre la identidad y la práctica. La teoría *queer* enseña que éstas no coinciden; al menos no siempre. Sin embargo, la percepción social y la autopercepción, unidas a la compulsión de las sociedades de heterosexualidad obligatoria a categorizar, suelen equipararlas con todas las consecuencias. Por ejemplo, si uno tiene prácticas sexuales con una persona del mismo sexo, es homosexual o lesbiana. Tal categorización esquiva los complejos procesos del deseo y reduce la construcción política de las sexualidades no normativas a un asunto de compañeros o compañeras sexuales.

¹⁷¹ No voy a detenerme aquí en las problemáticas derivadas de usar el término para ocultar jerarquías y registros de poder patriarcal y misoginia social en la violencia heterosexual. Ver un magnífico estudio al respecto hecho en Colombia y Brasil en Myriam Jimeno, *Crimen pasional. Contribución a una antropología de las emociones*, Colección Sede, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2004.

como pasionales no sólo se justifica la reducción de las penas, sino que se desvía la atención de la institucionalización de estructuras de poder que reproducen prácticas misóginas y homofóbicas y concentra la responsabilidad del ilícito en la víctima. Si no fuera así, ¿por qué tendría el Estado que justificar, “entender” la psicología individual del misógino y del homofóbico? ¿No es acaso porque la considera razonable? ¿No será que tal razonabilidad proviene precisamente de la aceptación, el respaldo y la reproducción de prejuicios sociales y, por lo tanto, de su justificación en los comportamientos individuales? ¿No será que cuando se clasifica un homicidio por prejuicio sexual como crimen pasional se responsabiliza de la agresión a la víctima, se es tolerante con el agresor individual y se expía la responsabilidad social y jurídica en la reproducción del prejuicio?

Veamos algunas particularidades de lo que se acostumbra clasificar erróneamente como pasional en los crímenes entre personas del mismo sexo, entre hombres gay en particular. Un primer elemento es el que la víctima no conozca al perpetrador. Según el relato de los asesinatos de hombres gay en Bogotá, las víctimas suelen caer en trampas. Por ejemplo, tienen encuentros rápidos en sitios públicos, invitan a un individuo a la casa y, una vez allí, se ven en una situación fatal. Un desconocido irrumpe con o sin violencia pero mata con sevicia y manda un mensaje de terror. Por el contrario, en los casos clasificados como crimen pasional entre personas heterosexuales, la condición es la familiaridad entre la víctima y el agresor. En ambos casos, sin embargo, la culpa es desplazada hacia la víctima: en el primer caso, bajo la acusación moral de promiscuidad; en el segundo, por ejemplo, bajo la acusación de infidelidad. Sería interesante hacer un diagnóstico de las diferencias entre los hombres que matan a sus parejas mujeres en estado de emoción violenta y de las mujeres que matan a sus parejas abusivas en legítima defensa.

Un segundo elemento que hace parte de la violencia por prejuicio sexual proviene de la intolerancia de los agresores ante un acercamiento real o percibido como provocación homosexual. Es decir, la reacción violenta y el subsiguiente ataque en respuesta al menor gesto que el agresor pueda percibir como un avance de carácter homo(sexual) por parte de la víctima. Sobra decir que en el orden heterosexual obligatorio los avances o insinuaciones de tipo sexual suelen llamarse coquetería y se configuran como modelos de comportamiento naturalizados. En la aceptación jurídica de la emoción violenta ante un avance de tipo (homo)sexual no debería confundirse la noción de provocación por ofensa grave e injusta con la noción de avance homosexual no violento.¹⁷² Esa

¹⁷² Ver una explicación extensa e interesante a propósito de estos términos y el uso de la defensa por pánico homosexual en Australia en Santo de Pasquale, “Provocation and the Homosexual Advance Defence: The Deployment of Culture as a Defence Strategy”, *26 Melbourne University Law Review* 110, 2002, p. 119.

distinción es fundamental para disociar la pertinencia del atenuante de la reproducción del prejuicio.

Un tercer elemento de análisis puede estar en las diferencias que establecí entre los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia.¹⁷³ El objetivo de la violencia jerárquica es situar al otro en su lugar de subordinación, mientras que el de la violencia excluyente es liquidar al otro, que se yergue como amenaza. En ambos casos, el gesto violento puede producir la muerte, pero el significado del gesto es distinto. Me atrevería a afirmar que la violencia de género tiende a expresar aspectos jerárquicos, mientras que la violencia contra las sexualidades no normativas tiende a ser excluyente. Sin embargo, ya vimos la paradoja de tal exclusión. El perpetrador quiere eliminar cualquier alusión a su potencial conexión con intereses, deseos o prácticas sexuales no normativas, pero cuando comete el acto violento, en lugar de borrar esa alusión, la confirma.

Otro uso nefasto de la figura del crimen pasional se ha hecho palpable en los informes de Amnistía Internacional sobre la violencia contra las mujeres y las sexualidades no normativas en el conflicto armado colombiano. Veamos. Uno de esos informes señala que “[...] a menudo, los crímenes por motivos políticos y los crímenes de violencia sexual ni siquiera se reflejan en las cifras oficiales, excluidos de ellas por englobarlos dentro de los llamados crímenes pasionales”, y recomienda:

Mantener estadísticas fiables y actualizadas sobre la incidencia de las denuncias de violencia sexual, estén o no relacionadas con el conflicto armado. Garantizar que en el registro de datos se reflejan los abusos dirigidos hacia grupos concretos, y *que se elimina cualquier categoría que pueda distorsionar las estadísticas, como la de “crimen pasional”*.¹⁷⁴ (Énfasis del autor)

Considero, en general, que la figura del crimen pasional se debe eliminar del sistema jurídico penal. El infausto valor de esta figura se deriva del camuflaje de relaciones de poder y de patrones culturales misóginos y homofóbicos en el ámbito privado de las emociones “incontrolables”, generadas éstas, según los perpetradores, y con la aquiescencia del sistema penal, como actos de defensa de la sacralidad de los espacios privados, familiares y del honor.

¹⁷³ Ver M. M. Gómez, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, *op. cit.*

¹⁷⁴ “Cuerpos marcados, crímenes silenciados. Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado”, octubre de 2004, Resumen Índice Amnistía Internacional: AMR 23/04/2004.

Para terminar, cabe señalar que en los Estados Unidos y en otras sociedades¹⁷⁵ existe un atenuante particular de posible aplicación en casos de violencia por homofobia, conocido como la defensa de pánico gay (*Gay panic defence*). Estas figuras jurídicas son estrategias de defensa y

[...] se usan para evitar la acusación o atenuar la sentencia de los perpetradores de violencia contra los homosexuales (*gay-bashers*) [...] Jurídicamente, la defensa de “pánico homosexual” de una persona (típicamente un hombre) acusada de violencia contra los homosexuales implica que su responsabilidad por el crimen es reducida debido a una condición patológica de su psiquis incitada por un avance sexual indeseado por parte del hombre al que atacó [...] la defensa por pánico homosexual descansa sobre la falsa, individualizante y patologizante presunción de que el odio por los homosexuales es *un fenómeno tan privado y atípico en esta cultura que puede clasificarse como una enfermedad que reduce la responsabilidad* [de los propios actos].¹⁷⁶ (El énfasis es del autor)

Pero lo que tratamos de argumentar aquí es precisamente lo contrario, es decir, que la homofobia o prejuicio sexual tiene raíces sociales y culturales, y que cualquier gesto de violencia de este tipo sólo tiene “éxito” —es decir, expresa su odio/prejuicio— porque el contexto público en el que ocurre permite que cobre significado.

Preguntas

1. A partir de los hechos del caso Combat Paternina, ¿qué elementos hacen dudar de que en el caso se configure la causal de atenuante por ira e intenso dolor?

2. Asumiendo que la aplicación de la causal de atenuante por ira e intenso dolor se justifique en este caso, ¿qué prejuicios sustentan su aplicación? ¿Qué hace suponer sobre el comportamiento y razonamiento de Combat Paternina en torno a la comisión del delito?

3. ¿La causal de atenuante por ira e intenso dolor esconde siempre un prejuicio de índole sexual, sea éste misoginia u homofobia? ¿En qué casos sí? ¿En qué casos la aplicación de este principio escaparía a este patrón? ¿En algunos casos se debería mantener la causal?

¹⁷⁵ También en Australia existe una figura similar en la defensa contra la provocación homosexual (*Homosexual advance defence*). Ver S. de Pasquale, “Provocation and the Homosexual Advance Defence: The Deployment of Culture as a Defence Strategy”, *op. cit.*

¹⁷⁶ E. Kosofsky Sedgwick, *The Epistemology of the Closet*, *op. cit.*, p. 19. Traducción y énfasis de la autora.

C. TERCER PROBLEMA: LO PÚBLICO

A continuación presento algunas tensiones manifiestas en los temas que tienen que ver con la violencia por prejuicio sexual y el uso de los espacios públicos. Por un lado de cara al derecho a la asociación y a circular libremente, y a las expresiones públicas de afecto entre personas del mismo sexo, relacionadas con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y por otro sobre el goce privado de prácticas sexuales no normativas por parte de individuos que se definen como heterosexuales y la necesidad paralela de negar esas prácticas, en algunos casos recurriendo a la violencia ante la posibilidad de que éstas se hagan públicas, o cuando de hecho se hacen públicas.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-301 de 2004

Problema jurídico

¿Constituye trato discriminatorio a las minorías sexuales en su derecho a la igualdad, la integridad, la honra y el buen nombre, la libre circulación y el libre desarrollo de la personalidad el que se les impida reunirse y expresar su afecto en público, y el ser estigmatizados y expuestos al escarnio público, por ejemplo, cuando se equipara el ser homosexual con ser portador del VIH?

Hechos

El 10 de junio del 2003, JPNV interpuso una acción de tutela contra el Comandante de policía del departamento del Magdalena. El 25 de junio, en primera y segunda instancia, el amparo le fue negado. El demandante relata que, durante meses, agentes y auxiliares de policía de la ciudad de Santa Marta le informaron, a él y a sus amigos, que las personas homosexuales no podían permanecer en el camellón de la bahía. Incluso en abril del 2003, y desde un carro de policía, les recordaron la prohibición con megáfono. En esa ocasión, un capitán de la policía bajó del vehículo y les dijo que los homosexuales reunidos le daban mala imagen al sector, y que por lo tanto había una “orden central de destierro”. El 9 de mayo del 2003 el demandante y sus amigos se volvieron a reunir en el sector. Doce agentes y auxiliares de policía insultaron y hostigaron a JPNV, recordándole la orden dada en el pasado. Lo subieron a la patrulla, lo llevaron a la inspección de policía central norte, lo retuvieron por dos horas y, al dejarlo en libertad, le reiteraron que “no querían ver homosexuales en la bahía de Santa Marta”.

Decisión

La Corte Constitucional revoca el fallo del Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta y concede a JPNV el amparo de los derechos a la igualdad, la integridad, el libre desarrollo de la personalidad, la honra, el buen nombre y la libre circulación. Asimismo, la Corte ordena al Comandante del Departamento de Policía del Magdalena que imparta “instrucciones necesarias y suficientes” a su personal para que cese de inmediato el hostigamiento.

Extractos

[...]

Respuesta dada por el Comandante del Departamento de Policía del Magdalena

El 13 de junio de 2003, el comandante de la entidad demandada respondió la solicitud de tutela en los siguientes términos:

1. En la oficina de quejas y reclamos de la entidad figura un memorial suscrito por el señor Arnoldo Pinedo Lanao —en coadyuvancia con el demandante en la presente acción de tutela—, en el cual se denuncian los mismos hechos. Por esta razón, el comandante de policía, en ejercicio de su potestad disciplinaria sobre el personal uniformado bajo su mando, ordenó la investigación disciplinaria del caso, con el fin de determinar la responsabilidad de los agentes mencionados en la queja.
2. Con el objeto de prevenir la posible vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos que hacen uso del camellón de Santa Marta —incluidos los homosexuales—, se ha impartido la orden a los uniformados que, en sus procedimientos, y al momento de atender los requerimientos de la comunidad, actúen de conformidad con lo prescrito por las leyes y reglamentos y las normas de derechos humanos. Esta orden ha sido cumplida a cabalidad por los funcionarios a su cargo, índice de lo cual es el hecho de que la única denuncia presentada por motivos de discriminación es la del actor en la presente solicitud de amparo.
3. No es cierto, como lo afirma el ciudadano JPNV, que las autoridades de policía del departamento del Magdalena hayan vulnerado sus derechos fundamentales, menos aún tomando en consideración que la obligación constitucional de la policía nacional es desarrollar los operativos y actividades que procuran el mantenimiento del equilibrio social, como condición necesaria para el ejercicio libre de derechos y deberes por parte de la comunidad. En cumplimiento de su responsabilidad institucional, la policía nacional, a través del capitán Jesús Díaz —coordinador del programa zona segura para el camellón Santa Marta—, atendió una solicitud elevada por los representantes de los establecimientos comerciales ubicados en esta zona. En la petición, los comerciantes solicitaron a la policía que controlara al grupo de homosexuales *“que venían teniendo comportamientos atentatorios contra la moral, la ética y sanas*

costumbres de los ciudadanos de bien tanto turísticos como residentes en la ciudad que igualmente utilizan el camellón para disfrutar de su belleza y del ambiente que éste genera [...]. Por tal motivo, y acudiendo al llamado de la comunidad, fueron diseñados operativos con el fin de “*verificar y establecer cuáles eran los homosexuales que venían perturbando la seguridad y tranquilidad del sector*” [...]. Como resultado de este operativo fueron conducidas algunas personas que deambulaban por el sector —sin distinguir su condición sexual— hasta las instalaciones de la inspección del norte a efectos de identificarlos y verificar si tenían antecedentes penales.

4. A lo anterior se sumó la queja presentada por un ciudadano, señalando que en el sector deambulaba una persona que padecía el VIH. Por tal razón, hubo necesidad de conformar una base de datos para identificarla y, en el futuro, tomar las medidas necesarias para prevenir la propagación de la mortal enfermedad. La mencionada actividad no constituye reseña de antecedentes penales, ni tampoco atenta contra los derechos humanos de los ciudadanos, por el contrario es evidencia de las actividades desplegadas por la policía en la búsqueda de control de las actividades que afecten y puedan quebrantar la tranquilidad y salubridad públicas.

5. El señor JPNV asumió una conducta reprochable contra la autoridad policial al denunciarla ante diferentes organismos del Estado por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales. Las supuestas violaciones nunca han ocurrido, y tal vez lo que reflejan las quejas del actor son sus apreciaciones subjetivas que

[...] van acompañadas quizás de la misma extigmatización (sic) que existen en la comunidad hacia personas que son homosexuales, especialmente en comunidades como las nuestras en donde esta (sic) prácticas rallan con las sanas costumbres y la moralidad pública y por tanto constituyen tabúes que no son asimilables como sí se da en otros países del orbe [...].

6. Deben ser desestimadas las pretensiones del actor por cuanto no ha existido violación de derecho fundamental alguno y en razón de que el demandante ya ha presentado diferentes quejas por los mismos hechos ante diversas entidades del Estado, y las correspondientes investigaciones disciplinarias se encuentran en trámite.

Decisión de primera instancia

El 25 de junio del 2003, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta resolvió denegar el amparo solicitado. Consideró que, de conformidad con la Carta constitucional, los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición, es más, que los mismos ostentan un interés jurídicamente protegido siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otros ciudadanos “*ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia*” [...].

Anotó la Sala que, en todo caso, para resolver el tema concreto debe ser considerado que en el sector del camellón en Santa Marta, en las horas de la noche, un grupo de consumidores de drogas, prostitutas y homosexuales llevan a cabo actos que ocasionan el reproche de la sociedad. En ese sentido, a su juicio, se justifican las acciones de la fuerza pública, *“utilizando las medidas represoras en este tipo de casos, como es el arresto, cuando de situaciones como la pregunta que hace el accionante en el sentido de que si la policía puede retener a una pareja homosexual por estar dándose un beso en la bahía de Santa Marta”*. Concluyó señalando que no obra en el expediente prueba alguna que acredite la vulneración de los derechos fundamentales alegada por el actor, razón por la cual no se concedió el amparo.

Impugnación

El 4 de julio del 2003, el señor Noguera Villar impugnó el fallo de tutela. Rechazó, en primer término, las acusaciones del Comandante de policía del Magdalena, en el sentido de afirmar que los homosexuales que frecuentan la bahía de Santa Marta [tienen] conductas que atentan contra la moral y las buenas costumbres de los ciudadanos de bien. Reiteró que su condición homosexual no implica que él no sea también un ciudadano de bien y buenas costumbres, objeto de protección por parte de la policía departamental, como todas las personas que frecuentan el lugar. De igual manera, consideró que la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, al señalar que los homosexuales no deben realizar conductas que generen rechazo por parte de la sociedad, extendió el reproche de ciertas conductas [...] de otros sujetos a su caso particular —que en nada vulnera la normatividad vigente—.

Decisión de segunda instancia

Mediante auto del 13 de agosto del 2003, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado, de conformidad con el artículo 140 del Código de procedimiento civil y, en consecuencia, rechazó la acción de tutela.

SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia

Remitido el expediente al Juzgado Penal Circuito de Santa Marta —reparto—, correspondió su conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, [el cual] mediante sentencia del 10 de septiembre de 2003 resolvió denegar el amparo de los derechos fundamentales invocados por el demandante. Consideró [...] que, aunque la solicitud de amparo estuvo enderezada contra el comandante de policía de Santa Marta, este último no puede responder por las actuaciones arbitrarias de los agentes que están bajo su mando, cuando en el curso de una orden

impartida de forma legal o en el cumplimiento de sus funciones, incurren en abuso de poder. Además, para plantear los reproches consignados en la acción de tutela de la referencia, el demandante cuenta con otros mecanismos jurídicos a través de los cuales puede reprochar las conductas de los oficiales de manera personal, mas no institucional. Concluyó el Juez de instancia que, tomando en consideración que ante la Defensoría del Pueblo cursa una denuncia por los mismos hechos, deberá esperarse la conclusión de tal indagación para establecer con plena certeza la ocurrencia de la vulneración.

[...]

Para la Sala es claro, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia: (i) que en el caso de la referencia es necesario aplicar un test estricto de proporcionalidad por cuanto (a) el fundamento del trato discriminatorio es un criterio sospechoso —condición sexual—, y (b) el fin perseguido con la actuación administrativa es la salvaguarda de la moral pública (concepto extremadamente vago). De la aplicación de esta evaluación surge fácilmente que las preferencias homosexuales de ciertos ciudadanos hacen parte de su derecho a la intimidad y a la autodeterminación, tan sólo excepcionalmente restringible por parte del Estado. En ese sentido, no se ve cómo se resguarda el fin constitucionalmente protegido —la guarda de la moral social— con la restricción casi absoluta de circulación a un grupo de ciudadanos y con las detenciones administrativas de las cuales son objeto. Es necesario reiterar que el hecho de tener cierta preferencia sexual (que no dañe derechos de terceros) hace parte del derecho a definir los propios planes de vida y a desplegar en consecuencia la vida de relación, sin que ello pueda ser limitado por los prejuicios personales de los funcionarios con facultades de policía.

En segundo lugar, encuentra la Corte que la medida restrictiva de la libertad de circulación por el territorio nacional del ciudadano no resulta ni necesaria ni adecuada para garantizar un valor constitucional. Con el fin de llevar ante los tribunales a las personas que comercian drogas ilícitas debe iniciarse la actuación penal correspondiente, no detener a cierto número de ciudadanos porque al funcionario policial “le pareció” que estaban involucrados en la comisión del delito. En conclusión, no sólo la medida prohibitiva de permanecer en un lugar abierto al público dada al actor no es necesaria, sino que resulta a todas luces inútil para evitar que se cometan ilícitos.

Por último, es evidente que las disposiciones tomadas por la policía del Magdalena son desproporcionadas y sacrifican valores constitucionales, sin que medie razón suficiente para ello. La pretensión de conformar bases de datos de las personas portadoras del VIH planteada por el comandante de policía como uno de los motivos para detener administrativamente al actor, vulnera sus derechos a la libre circulación, a la dignidad humana y a la intimidad —entre otros—. La policía departamental no está incluida entre los entes que pueden recopilar esta información —mucho menos teniendo en cuenta que pretenden utilizarla para señalar al portador—, que

aún respecto de las instituciones que la recopilan tan sólo para fines estadísticos, tienen estricta reserva legal.

Por último cabe recordar que la acción de tutela y la queja disciplinaria por el comportamiento indebido de un funcionario pueden ser concurrentes. En la primera de ellas se indaga la posible vulneración de derechos fundamentales cometida por un funcionario público y, en ese sentido, lo que es igual, por un representante del Estado. En la segunda se indaga por la comisión de infracciones de manera personal por parte de los mismos trabajadores. En suma, las dos pueden intentarse al mismo tiempo y ello no torna improcedente la acción de tutela. En conclusión, no asiste razón al juez de instancia en tanto afirma que el hecho de que el demandante haya denunciado la posible infracción disciplinaria ante otras entidades estatales tenga como consecuencia la denegación del amparo por existir otros medios idóneos de defensa.

Cuestiones a debatir

Aunque el caso aquí expuesto no alude a una violencia física explícita, las declaraciones del comandante de policía y el fallo de primera instancia sí ponen en evidencia la existencia de contextos homofóbicos en los que la violencia física encuentra un ámbito propicio. La violencia por prejuicio es expresiva por definición; manda un mensaje de terror que se extiende a quienes, más allá de la víctima particular, se identifican con las características que generaron el ataque —reales o de percepción—. La expansión del terror motivado por prejuicio sólo es posible si el contexto en el que éste se emite tiene las condiciones para que el gesto violento signifique y cumpla sus fines. Por eso, promover un contexto social homofóbico hace que la acción violenta encuentre un espacio propicio para producir y reproducir su mensaje de terror. En este caso, los argumentos del comandante de policía transmitidos en nombre de la comunidad y de la moral pública, y el rechazo de la tutela por el juez de instancia, tienen el poder de estigmatizar a las personas que ejercen una sexualidad no normativa como amenazantes, peligrosas y potencialmente merecedoras de la exclusión violenta. Asunto que el fallo de la Corte Constitucional pretende reparar.

Las expresiones públicas de afecto o la circulación reiterada en espacios públicos de personas con sexualidades no normativas suele ser fuente de gran ansiedad social. El teórico legal crítico, Kenji Yoshino, señala tres registros de discriminación alrededor de esta publicidad, no sólo de las expresiones de afecto sino de la expresión de las sexualidades no normativas en general: conversión, disimulo y encubrimiento. En la conversión se espera que las personas abandonen una “alteración” (sexual no normativa) a una supuesta esencia (hetero/norma) que bajo las condiciones propicias puede volver a surgir. En el disimu-

lo se permite que la persona ejerza su sexualidad pero la exigencia implícita es que no la haga pública. En el encubrimiento se permite que se ejerza y se haga pública, pero se persuade a la persona de que la ostente.¹⁷⁷ Un ejemplo de encubrimiento está en lo que se esperarí del grupo de amigos en cuestión: se tolera o se simula ignorar lo que hacen en privado, se tolera incluso que lo cuenten, pero no pueden hacer —con sus cuerpos y en sus cuerpos— nada que permita discernir en lo público sus prácticas sexuales y culturales no normativas. Si expresan su no heterosexualidad, son considerados peligrosos, letales y sospechosos de alterar el orden y la moral pública. Lo que parece imponerse es la valoración de las sexualidades no normativas como peligrosas en el contexto de una heterosexualidad obligatoria que se equipara a la muy vaga noción de moral pública y a las “costumbres” locales. Recordemos que el comandante de la policía de la región señala que las comunidades de la costa colombiana, y a diferencia de lo que pasa en otros países, consideran que las prácticas de “las personas que son homosexuales [...] rallan con las sanas costumbres y la moralidad pública”.

Como lo señala gran parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, no hay interpretación de la moral pública que esté por encima de las obligaciones y derechos consagrados en la Constitución y garantizados a todos los ciudadanos por igual. De ningún modo se puede sancionar a las personas que ejercen sexualidades no normativas por tener comportamientos públicos que están permitidos y protegidos en las personas heterosexuales. En todo caso, ante la potencial restricción de la libertad, y ante la vaguedad de la noción de moralidad pública, se debe aplicar un test estricto de proporcionalidad. Valdría la pena revisar si en estos procedimientos no sigue imperando la heterosexualidad obligatoria como el régimen dentro del cual se mide toda digresión y todo derecho.

Otro aspecto de interés para el debate consiste en preguntarse por los métodos y criterios que determinan quiénes “son los homosexuales”: dice el Comandante de la policía del Magdalena que, debido a las quejas de la comunidad,

[...] se diseñaron operativos con el fin de verificar y establecer cuáles eran los homosexuales que venían perturbando la seguridad y tranquilidad del sector, para lo cual se arrestaron personas que circulaban por allí [sin distingos de condición sexual] a efectos de identificarlos y verificar si tenían antecedentes penales.

Las autoridades, además, procedieron a identificar a las personas sospechosas de ser portadoras del VIH.

¹⁷⁷ Ver Kenji Yoshino, “Covering”, *op. cit.*

La opción sexual de los ciudadanos es un componente esencial de su autodeterminación y, por lo tanto, un derecho inalienable, y es inconstitucional recoger información sobre los portadores de VIH. Por otra parte, es falso que la comunidad homosexual sea más vulnerable al VIH que la comunidad heterosexual. El objetivo de identificar y arrestar preventivamente a estos “potenciales peligros públicos” es, por decir lo menos, curioso; entre otras cosas porque ni “los homosexuales” ni “los portadores de VIH” son categorías que se puedan identificar visualmente; es decir, que en principio no hay “prueba” inmediata que permita establecer quién es quién.

El criterio de la sospecha que el caso señala es, además de inconstitucional, absurdo, pues marca a la población en pleno como potencialmente “peligrosa” y en consecuencia como susceptible de detención preventiva. Como señala la Corte, “la detención preventiva de naturaleza administrativa sólo procede, por regla general, ante eminentes vulneraciones de derechos fundamentales que tengan relevancia penal. Apreensión que debe basarse en pruebas serias de incriminación y no en sospechas”.

Para terminar, quiero llamar la atención sobre las tensiones que surgen al “hacer públicas” las prácticas sexuales no normativas, incluso aquellas que son ejercidas por individuos que no se identifican como “homosexuales”. El caso del homicidio perpetrado por Combat Paternina, y discutido en el numeral anterior a propósito del atenuante de ira e intenso dolor, se ajusta también a este problema. Recordemos que Combat Paternina asesinó con arma blanca a J.W.A.G. con el fin de recuperar un videocasete en el que supuestamente se habían grabado las relaciones homosexuales que ellos sostuvieran, videocasete que estaba siendo usado por la víctima para extorsionarlo. Con independencia de los aspectos estrictamente jurídicos, vale la pena revisar asuntos de orden sociocultural: éstos evidencian la forma como operan los prejuicios detrás del gesto violento.

En su esfuerzo por dar cuenta de la homofobia, Elisabeth Young-Bruehl¹⁷⁸ integra teorías del prejuicio individual y social e identifica tres tipos que corresponden al paradigma sociológico del prejuicio. El antisemitismo ejemplifica el carácter obsesivo; el racismo y el clasismo el tipo histérico; y el sexismo el tipo narcisista.¹⁷⁹ Young-Bruehl afirma que la homofobia aparece en cualquiera de

¹⁷⁸ E. Young-Bruehl, *The Anatomy of Prejudices*, op. cit., p. 158. Ver también M. M. Gómez, *On Discrimination and Exclusion: An Approach to Hate Crime Politics*, op. cit.

¹⁷⁹ El prejuicio obsesivo (el del antisemita) ve la conspiración en todas partes y se siente obligado a *eliminar* la amenaza (E. Young-Bruehl, *The Anatomy of Prejudices*, op. cit., p. 33). El prejuicio histérico (el del racismo y el clasismo) se dirige a personas a las que se las considera como de más bajo estatus, pero que no obstante deben ser *mantenidas en sus lugares* porque resultan útiles a los propósitos del grupo o individuos prejuiciosos (*ibíd.*, p. 34). El prejuicio narcisista

las tres formas de prejuicios y que los homosexuales pueden ser sus víctimas para todos los propósitos.¹⁸⁰ Aquí nos interesa, sobre todo, el prejuicio histórico y su relación con la homofobia. En este tipo de prejuicio, las personas deben ser *mantenidas en subordinación* porque resultan útiles a los propósitos del grupo o de los individuos prejuiciosos.¹⁸¹

Para las personas con prejuicios históricos los homosexuales sirven como objetos de fantasías sexuales o como sujetos de actos prohibidos pero deseados. Estas personas, dice Young Bruehl,

[...] no quieren eliminar a los homosexuales; los quieren explotar [...] [ellas] pueden disfrutar, de forma indirecta, el amor entre personas del mismo sexo, mirar [a las sexualidades alternativas en] películas pornográficas, imaginar[las] como sus amantes, incluso, quizás, estar brevemente o experimentar con ellas y luego [...] [olvidar que lo hicieron].¹⁸²

El prejuicio histórico, tal como lo formula Young-Bruehl, se centra en la instrumentalidad del homosexual en tanto encarnación de un placer *secreto* que requiere una forma contradictoria de externalización: el homosexual tiene que “estar ahí” disponible como objeto de fantasías sexuales y como ser *inferior* —un chivo expiatorio, quizás— que tiene que ser castigado —con su subordinación— por ese mismo hecho de “estar ahí” —del lado de la transgresión.

Un ejemplo de esta forma de homofobia lo da el psicoanalista Donald Moss, en una historia que él mismo cuenta:¹⁸³ es el caso de un hombre de 30 años que empieza terapia para trabajar su homosexualidad latente. El hombre dice que todas sus relaciones han sido con mujeres, y siempre breves. Luego de dos años de análisis recibió una llamada telefónica que le hizo un hombre desconocido que sabía su nombre; lo había despertado en mitad de la noche. La llamada era abiertamente sexual; ambos se excitaron; ambos se masturbaron, y él llegó a tener un orgasmo. A la mañana siguiente, el paciente dijo que “nunca en su vida se había sentido tan cerca de otra persona”. Dijo que al principio se había preocupado por el tono “homosexual” de su experiencia, pero que pronto se

(del sexismo) se basa en la intolerancia (usualmente, pero no siempre masculina) frente a la idea de que existe gente que no es como los hombres (anatómicamente hablando). Este prejuicio apunta a reforzar las identidades (principalmente masculinas) por medio del refuerzo de los límites (*ibíd.*, p. 35; pp. 157-158).

¹⁸⁰ *Ibíd.*, pp. 33-39; pp. 137-159.

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 34.

¹⁸² *Ibíd.*, p. 158.

¹⁸³ D. Moss, *Hating in the First Person Plural. Psychoanalytic Essays on Racism, Homophobia, Misogyny, and Terror*, op. cit., p. 285.

había relajado, que incluso había sentido lástima por aquel buen hombre que necesitaba “recurrir a la homosexualidad y al sexo telefónico”. “Por la mañana —añade Moss—, los sentimientos de hombría, masculinidad y potencia del paciente habían sido restaurados”.¹⁸⁴

Pero, ¿qué pasa si el *secreto* se hace *público*? ¿Cuál hubiera sido la reacción del sujeto del ejemplo? Revisamos ya un caso similar —el de Combat Paternina—, y terminó en homicidio. Por eso es viable suponer que la separación entre lo secreto y lo público, siempre a punto de desaparecer, se repite en las borrosas fronteras entre el prejuicio y la violencia, es decir, en la imperante necesidad de *marcar* la diferencia una vez que la porosidad de las identificaciones y de las prácticas sexuales se hace explícita. En estos ejemplos, el hecho de mantener al homosexual como alguien siempre disponible, pero inferior, es útil a la realización de los deseos secretos de la persona homofóbica. Pero una vez el secreto se hace público, éste debe ser eliminado —el cuerpo sexual no normativo— con el fin de marcar la diferencia y recuperar una “identidad heterosexual coherente”.¹⁸⁵

De forma similar, pero en casos que ilustran ataques fatales a personas transgeneristas, se vislumbran tensiones entre las prácticas sexuales y su reconocimiento público. Dos casos de asesinato en los Estados Unidos ponen en evidencia los dilemas de “hacer pública” la “verdad” de la identidad de género y establecer su relación con los motivos del crimen. Se trata del asesinato de la adolescente transgenerista Gwen Araujo el 3 de octubre del 2002. Gwen, que vivía como mujer, fue asesinada por cuatro hombres y se dice que tuvo relaciones sexuales al menos con dos de ellos. Sometida por la fuerza a un chequeo para confirmar su sexualidad biológica, fue golpeada hasta la muerte cuando descubrieron que tenía genitales masculinos. Los asesinos fueron juzgados en California, estado que tiene leyes de aumento de pena para crímenes cometidos por razón de la identidad de género de la víctima. Sin embargo, tres de los acusados fueron condenados por asesinato, no por homicidio. Un tercero recibió condena por homicidio involuntario. El jurado consideró que el asesinato se produjo porque la situación se les salió de las manos, y no en razón de la orientación sexual o la identidad de género de la víctima. Al hecho no le fue aplicado el aumento de penas, es decir, el incidente no fue reconocido como un crimen de odio.¹⁸⁶

¹⁸⁴ *Ibid.*, pp. 285-286.

¹⁸⁵ Ver G. Mason, “Not our Kind of Hate Crime”, *op. cit.*

¹⁸⁶ Ver <http://www.transgenderlawcenter.org/gwen/index.html>; <http://www.sfgate.com>, artículo publicado el domingo 16 de mayo del 2004; http://en.wikipedia.org/wiki/Gwen_Araujo.

Otro caso similar es presentado por Arthur Dong en su excelente documental, *Licensed to Kill*.¹⁸⁷ David Feikema conoció a Larry Venzant el 19 de diciembre de 1993. Lo invitó a su casa con fines sexuales. Feikema confiesa que pensó que Venzant era biológicamente mujer, y que se enfrascaron en una discusión sobre el tipo de relaciones sexuales que querían sostener. La discusión terminó en la pelea que condujo a Feikema a apuñalar a Venzant, causándole la muerte. Después de darse cuenta de que Venzant era hombre, Feikema le cortó el pene y se lo insertó en la boca. Fue condenado a veintiún años de cárcel, aunque declarado enfermo mental y llevado a una institución psiquiátrica, con la posibilidad de tener libertad condicional a partir de mayo del 2004. En el curso de la entrevista, Feikema asegura que al cortar el pene “le estaba dando a Venzant lo que él quería, es decir, ser una mujer”, y enfatiza que el dictamen de su locura en el momento del crimen no fue unánime. La mayoría de sus interlocutores, asegura, al oír los pormenores de su caso, suelen decirle que “hizo lo correcto”, lo que cualquiera en su situación hubiera hecho.

Preguntas

1. ¿Qué papel juega la distinción entre lo público y lo privado en la protección que el derecho ofrece a las personas con sexualidades no normativas?

Analice el alcance y la validez jurídica de la afirmación del Tribunal del Magdalena a propósito del caso analizado:

[...] los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición, es más, que los mismos ostentan un interés jurídicamente protegido siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otros ciudadanos “*ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia* [...]”.

3. ¿Hasta qué punto el concepto de “moral pública” justifica desde el punto de vista jurídico la violencia por prejuicio sexual, cuando efectivamente éste representa la moral de la sociedad?

4. ¿Cuál debe ser el papel del Estado en relación con la moral pública cuando ésta entraña prejuicios como los que se evidenciaron en este caso?

¹⁸⁷ Ver Arthur Dong, “Licensed to Kill”, Deep Focus Productions, 1997.

